



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Facultad de Derecho

Justicia restaurativa, un nuevo paradigma

Tesis

Para obtener el título de Licenciada en Derecho

Presenta

Julia Álvarez Icaza Ramírez

Director de tesis

Dr. Pedro Salazar Ugarte



México, Ciudad de México, 2024



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
OFICIO FDER/SDC/032/2023
ASUNTO: Aprobación de tesis**

**M. EN C. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECTORA GENERAL DE ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
P r e s e n t e**

Por este conducto le informo que JULIA ÁLVAREZ ICAZA RAMÍREZ, con número de cuenta 308045608, concluyó la tesis intitulada “JUSTICIA RESTAURATIVA, UN NUEVO PARADIGMA”, bajo la asesoría del DR. PEDRO SALAZAR UGARTE. Este trabajo de investigación demuestra la capacidad de su autora para aplicar los conocimientos adquiridos durante la Licenciatura en Derecho y cumple con los requisitos establecidos en la normativa universitaria, por lo que en términos de lo establecido en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del Reglamento General de Exámenes y con fundamento en el artículo 10 del Reglamento para el Funcionamiento de los Seminarios de la Facultad de Derecho, se aprueba este trabajo de investigación para su presentación al jurado respectivo.

La persona interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

A t e n t a m e n t e
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Ciudad Universitaria, Cd. Mx., a 21 de agosto de 2023

EL DIRECTOR DEL SEMINARIO


DR. RODRIGO BRITO MELGAREJO



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
OFICIO FDER/SDC/032/2023**



**PROTESTA UNIVERSITARIA DE INTEGRIDAD Y
HONESTIDAD ACADÉMICA Y PROFESIONAL
(Titulación con trabajo escrito)**



De conformidad con lo dispuesto en los artículos 87, fracción V, del Estatuto General, 68, primer párrafo, del Reglamento General de Estudios Universitarios y 26, fracción I, y 35 del Reglamento General de Exámenes, me comprometo en todo tiempo honrar a la institución y a cumplir con los principios establecidos en el Código de ética de la Universidad Nacional Autónoma de México, especialmente con los de integridad y honestidad académica.

De acuerdo con lo anterior, manifiesto que el trabajo escrito titulado

JUSTICIA RESTAURATIVA, UN NUEVO PARADIGMA

que presenté para obtener el título de Licenciatura en Derecho es original, de mi autoría y lo realice con el rigor metodológico exigido por la Facultad de Derecho, citando las fuentes de ideas, textos, imágenes, gráficos u otro tipo de obras empleadas para su desarrollo.

En consecuencia, acepto que la falta de cumplimiento de las disposiciones reglamentarias y normativas de la Universidad, en particular las ya referidas en el Código de Ética, llevará a la nulidad de los actos de carácter académico administrativo del proceso de titulación.

Atentamente

Julia Álvarez Icaza Ramírez
(Nombre completo, firma y número de cuenta)

308045608



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
OFICIO FDER/SDC/014/2024
ASUNTO: Análisis de coincidencias**

**DRA. SONIA VENEGAS ÁLVAREZ
SECRETARIA GENERAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO
P r e s e n t e**

Por este conducto le informo que el trabajo de investigación titulado JUSTICIA RESTAURATIVA, UN NUEVO PARADIGMA, elaborado por la alumna JULIA ÁLVAREZ ICAZA RAMÍREZ, con número de cuenta 308045608, bajo la asesoría del DR. PEDRO SALAZAR UGARTE, se sometió al proceso de identificación de coincidencias a través de la herramienta que, para tal efecto, fue aprobada por el H. Consejo Técnico de la Facultad de Derecho en sesión ordinaria del 5 de diciembre de 2023, de conformidad con las reformas y adiciones al Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, aprobadas por el H. Consejo Universitario el 30 de marzo de 2023 en materia de integridad y honestidad académica y profesional. Como resultado de dicho análisis, este trabajo de investigación arrojó un 26% (veintiséis por ciento) de coincidencias en el índice de similitud. Dichas coincidencias, sin embargo, corresponden fundamentalmente a nombres de instituciones, ordenamientos jurídicos, hipervínculos o denominaciones de revistas u otras publicaciones que pueden aparecer en documentos que se encuentran en la red, así como referencias a los contenidos de artículos constitucionales y de instrumentos internacionales, pero no evidencian una falta de cumplimiento de las disposiciones reglamentarias y normativas de la Universidad, en particular las referidas en el Código de Ética.

Se acompaña al presente la carátula del Informe de Originalidad al que se ha hecho mención para todos los efectos a que haya lugar.

A t e n t a m e n t e
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Ciudad Universitaria, Cd. Mx., a 19 de febrero de 2024

EL DIRECTOR DEL SEMINARIO

DR. RODRIGO BRITO MELGAREJO



**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA DE DERECHO
OFICIO FDER/SDC/014/2024**

A Marilia por entender en segundos de qué trataba y regalarme su Coyolxauhqui restaurada.

A Arturo y Liber por entrarle al quite para que me pudiera enfocar de lleno en la tesis, sin su apoyo hubiera sido muy complicado.

A René ¡gracias por todo, todo! y al equipo jurídico, que cuando pedí unos meses de pausa comprendieron y me esperaron con los brazos abiertos de vuelta a la demanda, siempre.

A Melissa, por ser mi cómplice absoluta en todos los aspectos, sin tu sostén emocional, el que después entendí que era parte fundamental de este proceso, sentarme a escribir nunca hubiera sido posible.

A Lourdes, con tu empeño característico te convertiste en la tía y madrina fascinante de los tesisistas de la familia.

A Michael querido, por romper el silencio incómodo de ¿y la tesis? y a partir de ahí, obcecarte con tus métodos característicos en que no volviera a soltarla jamás.
Gracias adorado.

A Pedro Salazar, por ser oasis en la carrera y porque la primera vez me dijiste que sí, y tres años después, cuando yo estaba segura de lo contrario, me volviste a decir que sí.

A Marisa Belausteguigoitia ¡lo logramos! porque llegaste en dos momentos que marcarán para siempre mi futuro profesional, para no dejar la carrera y para terminarla.
Mari, gracias, gracias profundas por creer en mi

A todo el equipo de Mujeres en Espiral por ser inspiración, cómplices y apoyo fundamental.
Gracias Cha, aunque no tenías por qué haber pagado este costo, me enseñaste con claridad en qué consiste mi misión el vida.

A mis padrinos, mis segundos padres por el viaje y por hacer siempre tuyas mis alegrías.

A Meli y Olaf, su presencia en mi vida y en la de mis hermanos es hermosa y muy valiosa.

A Lucía por tu escucha atenta y por ser inspiración de disciplina, por tu amor incondicional, tus porras y tu entendimiento profundo.

A Nicolás por el empuje que con tu propio ejemplo me impulsó a acabar, pero sobre todo gracias por tu comprensión que hizo que entendieras lo que significaba perdonarme la apuesta que sin lugar a dudas perdí contigo hace meses.

Solo tú sabes lo que ese gesto de profunda compasión significó para mí.

A Sebastián, como lo prometido es deuda, no es un agradecimiento, sino una dedicatoria, contigo aprendí lo que significa realmente ser compañeros, resignificaste, amplificaste, hiciste enorme la palabra solidaridad.

Gracias por muchas cosas, pero gracias especiales por el respaldo económico que sin ningún tipo de negociación pusiste a disposición para que generosamente yo pudiera dedicarme de tiempo completo a la tesis.

Gracias, corazón.

A mis papás, por absolutamente todo, porque gracias a ustedes, soy todo lo que soy.

ÍNDICE

Preámbulo	4
Introducción	7
CAPÍTULO I. ANTECEDENTES	10
1. Justicia retributiva	10
2. Crítica a la justicia retributiva.....	19
2.1. Crítica al postulado ‘cada quien su merecido’ como administración ‘justa’ del dolor	20
2.2. Crítica a la concepción dicotómica del conflicto	23
2.3. Crítica al encarcelamiento como solución al fenómeno delictivo.....	25
2.4. Crítica al estigma social	31
CAPÍTULO II. APROXIMACIÓN TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA .	34
1. Origen y evolución	34
2. Filosofía y epistemología de la justicia restaurativa	42
3. Concepto y características	47
3.1. Debate sobre la terminología.....	47
3.2. Algunas definiciones.....	51
3.3. Características	55
4. Principios y enfoques de la justicia restaurativa	59
4.1. Desde el abolicionismo carcelario y el antipunitivismo	59
4.2. Desde la cultura de la no violencia.....	75
CAPÍTULO III. Un nuevo paradigma	79
1. Reparación del daño.....	84
2. Víctimas y victimarios.....	96
CAPÍTULO IV. JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL MARCO DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y LOCAL	108
1. Marco regulatorio internacional.....	108
1.1. Sistema Universal de los Derechos Humanos	108
1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).....	117
2. Marco regulatorio local.	124
2.1. Reforma constitucional 2008.	124
2.2. Reforma constitucional 2011.	128
2.3. Leyes nacionales.....	129
CONCLUSIONES	143
FUENTES.....	151

Preámbulo

Tuve un maestro en la Facultad de cuyo nombre no quiero acordarme que impartía la clase de Derecho Penal, el primer día de clases frente a un grupo amplio, típico de segundo semestre de la carrera de derecho, alumnos ávidos de aprender y aprehender con “h” lo que el maestro tenía para explicar, nos dijo: “miren, la vida es como un árbol de manzanas, mismo tronco, mismas ramas, sin embargo, algunas manzanas nacen podridas y otras sanas, el derecho penal se dedica a separar las manzanas podridas de las manzanas sanas para que nos las contaminen a todas y así pone a cada una en su lugar.”

Impactó tanto en mi la afirmación que presentaba frente al grupo con total irresponsabilidad que, desde entonces, decidí estudiar al respecto. Pronto caí en cuenta que lo peligroso de esto no era lo que opinaba el profesor, lo verdaderamente grave es que no se trataba de un caso aislado de un maestro de tantos de la Facultad, ese pensamiento punitivo era el común denominador que impera no sólo en los salones de clases, sino en el Poder Judicial, en las fiscalías, en las cárceles, en el gremio de abogados, en los despachos jurídicos, es decir, en el sistema de justicia penal en su integralidad.

Entre las múltiples ocasiones que gracias a ese y otros comentarios de la misma naturaleza estuve a punto de cambiar de carrera, llegó a mi, como traje a la medida la oportunidad de participar en la Clínica de Justicia y Género “Marisela Escobedo”, un proyecto entre el entonces PUEG y la Facultad de Derecho de la UNAM para formar estudiantes haciendo litigio estratégico y trabajando de cerca con mujeres privadas de su libertad en Santa Marta Acatitla, fue gracias a ese proyecto que cada lunes de entrada a la cárcel pude comprobar con más rabia lo que ya sostenía de hipótesis, la cárcel no está llena de manzanas, ni de peras, ni de plátanos podridos, la cárcel en su amplísima mayoría está llena de pobres, de excluidos, de los marginados, de los apestados, de los que el sistema arrojó, de los que no nos queremos hacer cargo como resultado de un sistema patriarcal, neoliberal, etcétera.

Pronto las mujeres “victimarias” con las que trabajábamos se convirtieron en víctimas y viceversa, la línea divisoria que establecía la cárcel con rejas, muros, vallas ciclónicas, picos y custodios entre el afuera y el adentro, era menos clara de lo que aparentaba. Cada lunes en cuanto observaba, escuchaba y trabajaba con las historias de vida de las mujeres en prisión, conocía las condiciones que las llevaron a delinquir y sin perder de vista su responsabilidad en los hechos, pronto me di cuenta que no era tan “individualizado” el fenómeno delictivo como el sistema nos quería hacer creer, y que la cárcel, era la salida fácil para en realidad no hacernos cargo del problema.

Algunos años después tuve otra experiencia, que también cimbró mi estancia en la Facultad y mi aproximación al sistema de justicia penal, se trató de la apertura que hicieron al exterior los zapatistas en Chiapas con su “Escuelita Zapatista” me tocó compartir una semana con una familia en la comunidad de Lima, en el caracol de Oventik, donde conocí el sistema de justicia alternativo y donde escuché por primera vez un caso de justicia restaurativa que, como con las mujeres de Santa Marta Acatitla cambió por completo mi lente por el cual ver el mundo delictivo, así, me enteré de un señor que había matado a su vecino por un tema de ganado, sin embargo, después de varios días de deliberación, el consejo de ancianos en lugar de meterlo a la prisión municipal, y no sólo destruir a la familia de quien había fallecido y que a su vez era el sostén económico, decidió sentenciarlo a mantener para siempre a dos familias y así reparar de alguna forma el daño que había cometido, “en vez de destruir dos familias” -me decían- “por lo menos solo queda perjudicada de por vida una, de todas formas el encierro no va a traer el señor de vuelta.”

A todos ellos, muchas gracias.

La vida dio muchas vueltas, y varios años después, casi por casualidad, descubrí que ya habían grandes y fabulosos teóricos que habían escrito al respecto, eso que yo quería estudiar en contraposición a un sistema punitivo, retributivo, dicotómico, carcelario se llamaba “justicia restaurativa”. Fue entonces que maravillada por encontrar que ya existían términos, autores, conceptos, que ya habían no sólo teorizado, sino practicado al respecto comencé a leer, al punto de decidir tiempo después, hacer mi tesis sobre ello.

El resultado de ello, aquí esta.

Años después, y justamente hoy 15 de mayo, día del maestro, en un ejercicio restaurativo-transformador, paradójicamente agradezco al maestro aquél que con su afirmación tan burda y aberrante, del que me tenía que fugar porque entre otras cosas, obligaba a sus alumnas al finalizar la clase a darle un beso al salir del salón, al punto de causar repugnancia y repele absoluto de mi parte, ahora sé, gracias a él, que no sólo quiero hacer la tesis al respecto, sino que estoy convencida que el enfoque de la justicia restaurativa, justicia transformadora debe permear por completo el lente por el cual miramos y entendemos el sistema de justicia en su conjunto.

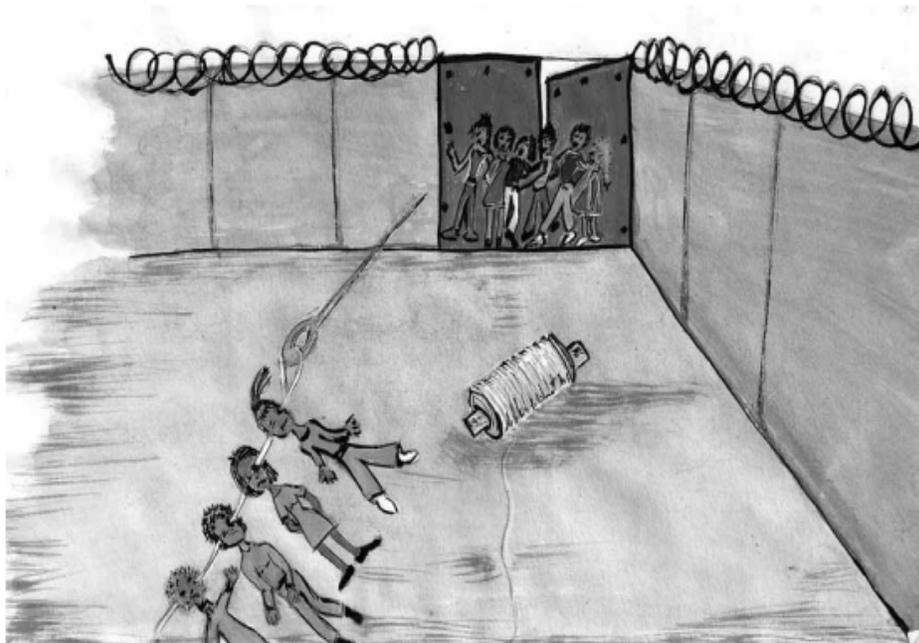
Y sin plenaerlo y de manera totalmente desafortunada, este preámbulo no estaría completo sin también agradecer al querido Cha, que me hizo pausar un mes mi tesis para dedicarme a lo importante, mi otro maestro, quien me habló del “cementerio de los vivos” y con su ejemplo, me hizo ver con total claridad mi misión de vida, mi proyecto y mi total compromiso

para que nunca más exista un caso como el suyo, como el Aarón, como el del Ovalado, el de Ojitos, el de Soto y el de todas las personas que han pasado por el cementerio de los vivos, como Barrientos, donde la vida no vale nada, ni siquiera un vaso de agua.

LA VOZ QUE CORRE

El humano está hecho para readaptarse y reinsertarse a cualquier situación.
A los cambios climáticos, a los eventos históricos, a las pestes, a las guerras, a las religiones, a los gobernantes. Podríamos decir, a todo. Pero... cuando es la sociedad la que te **"DES-REINSERTA"**. Es tal la **RENSARTADA** que te dan que no te dejará readaptar jamás llevando insertado un lunar negro en la cara para el mundo y lo social
¿DE QUÉ sirve este castigo medieval si la ensartada es de por vida, Sin importar el delito?

Lulú Lizárraga



Lelatu 1: condiciones de vida en reclusión" (2015), Lulú Lizárraga, Mujeres en Espiral

Introducción

El 18 de junio del 2008 nuestro país vivió una trascendente reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con la que se estableció el sistema procesal penal acusatorio, esta reforma constitucional constituyó un transformación trascendental en materia penal que, desde un enfoque de derechos humanos, amplió y enfatizó los derechos tanto de las víctimas como de los inculpados, dando un cambio importante para las instituciones encargadas de la prevención del delito, la investigación y administración de justicia, la sanción y su ejecución.

No obstante este importante cambio constitucional, actualmente el sistema de justicia penal hegemónico se caracteriza aún por ser primordialmente retributivo, punitivista y carcelario. En ese sentido, las respuestas a las conductas *delictivas* conceptualizan al castigo como venganza, reproducen la violencia, y establecen penas “justas y merecidas” del mismo modo que “se sufrió” y *eliminan* a las personas que se consideran *enemigas de la sociedad*.¹ Además, es un sistema que privilegia la visión de que las conductas delictivas son conductas individuales aisladas, se juzga a los *delincuentes* sin entender su contexto, desconociendo que muchas veces hay problemas estructurales que generan condiciones propicias para que se lleven a cabo conductas delictivas, de esta forma, las respuestas penales tradicionales tienden a reforzar las condiciones en las que se germinan las conductas delictivas, aumentando y reforzando las desigualdades que condujeron a ellas.

Este sistema parte de la falacia de que una sentencia penal condenatoria resuelve un conflicto, hace uso indiscriminado de la pena de prisión y promueve la elevación de su duración (populismo punitivo). Sin embargo, está claro que las cárceles no resuelven el problema, sino al contrario, las prisiones sirven para mantener y reproducir violencias estructurales, y aunque es la respuesta más común y hay una aceptación generalizada de que la prisión es sinónimo de justicia, no es una medida eficiente para atender el delito, mucho menos para reparar el daño ocasionado, las prisiones generan aún más rupturas en los tejidos sociales y familiares tanto de las personas que entran a ellas como de las que se quedan fuera.

Así, en el primer capítulo de la presente tesis abordaré el desarrollo teórico-conceptual de la justicia retributiva y sus críticas, considero indispensable en primera instancia entender de dónde venimos para después comprender a dónde vamos, de esta manera, es importante hablar de la justicia retributiva como el modelo de justicia penal hegemónico, que se

¹ Ver Zaffaroni, Eugenio, *El enemigo en el derecho penal*, Ediciones Coyoacán, México, 2016.

caracteriza por ser primordialmente punitivo y carcelario. Así, en el primer capítulo, como punto de partida, desagrego a grandes rasgos el modelo retributivo, con sus principales postulados teóricos, como también sus principales críticas. De esta forma, partiendo de qué es y cuál es la fundamentación filosófica de la justicia tradicional retributiva, en un segundo momento con el apoyo ineludible de algunos teóricos, desde los distintos enfoques de los abolicionismos penales, las teorías del etiquetamiento y de la cancelación, así como los planteamientos anti punitivistas y anti carcelarios abordaré los principios filosóficos que cuestionan los razonamientos, así como las principales teorías y sus principales autores que dan sostén epistemológico a la justicia retributiva.

Ahondar sobre justicia restaurativa puede resultar una tarea compleja para una tesis de licenciatura; partiendo de que ni siquiera existe consenso en el término, podría llevar una tesis completa tratar de llegar a un acuerdo teórico en el concepto, es por ello que, una vez entendiendo de dónde partimos, esclarecido el punto de vista teórico-conceptual en el cual me baso para acercarme a la justicia restaurativa y a partir de tener claras las principales diferencias y contrastes entre la justicia restaurativa y la justicia retributiva para poder generar las claras diferencias de lo que las distingue y alcanzar a vislumbrar el horizonte de lo que plantea este nuevo paradigma de justicia penal, en el segundo capítulo y a pesar de que la “justicia restaurativa” no es un concepto teórico finito, intento incorporar algunos elementos comunes de la discusión a partir de la negación de la justicia retributiva, es decir a partir de lo que definitivamente *no es* la justicia restaurativa y *qué* implicaciones tiene, así como conocer su origen y delimitaciones de algunos parámetros mínimos en torno a su definición y los elementos que la integran.

Tomando como base modelos de justicias que se utilizan en distintas comunidades y pueblos a lo largo del mundo, en la segunda mitad del Siglo XX se buscó empezar a cuestionar el modelo dominante, cambiando el paradigma desde la justicia restaurativa, una filosofía inspirada en movimientos sociales no violentos que ha impulsado alternativas a la solución de conflictos sociales, más allá de la prisión o el castigo, la justicia restaurativa entiende el delito como el quiebre de una vida, y la justicia como una forma de sanación.² No hay partes opuestas, ambas entran en el proceso de justicia enfocadas en la rendición de cuentas y la pregunta central es: “¿cómo sanamos y transformamos las relaciones y las estructuras que permitieron que se causara el daño?”³ Así, la justicia restaurativa es una teoría de la justicia que busca poner énfasis en la reparación del daño causado por una conducta delictiva, en

² Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *Justicia Restaurativa en casos de odio y discriminación*, Catalunya, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2021, p. 19.

³ Davis, Fania, *Little Book of Race and Restorative Justice: Black Lives, Healing and US Social Transformation*. New York, Good Books, 2017 en Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *Justicia Restaurativa en casos de odio y discriminación*, Catalunya, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2021, p. 22.

las necesidades creadas y las obligaciones que se generan a partir de eso, tanto para quien lo sufrió, como para quien cometió la ofensa, superando la lógica del “castigo” o la justicia basada “en el dolor”. Es importante señalar que cuando nos referimos a la reparación del daño, “en el caso de la justicia restaurativa, aunque también puede estar contemplado el pago monetario, en realidad lo que se busca es la curación de la víctima y también del victimario, por lo que no necesariamente nos referimos a un problema de dinero.”⁴

De esta forma, en el tercer capítulo de la tesis planteo cómo la justicia restaurativa configura un nuevo paradigma totalmente distinto a la justicia tradicional que busca replantear la forma en la que convencionalmente pensamos los conflictos interpersonales y la justicia,⁵ razón por la que los procesos y los resultados entre estos modelos difieren radicalmente. De más está decir que esta oportuna novedad teórica aún está en disputa, sobre todo en una disciplina como el derecho donde abundan los criterios poco flexibles, y acostumbrados a abordar los problemas sociales con una mirada meramente legal y punitiva. A pesar de que hay teóricos como Zehr, considerado el padre de la justicia restaurativa occidental, existen muchos otros pensadores que siguen cuestionando, enriqueciendo y ampliando el enfoque, bajo el entendido de que “[...] es preciso cuestionarse cómo tratar a aquellos que lesionan los derechos y cuerpos de los otros,”⁶ incluso académicos como Bianchi han sugerido que “[...] en vez de hablar de derecho penal, debería hablarse de derecho reparador.”⁷

En este sentido, como se mencionó al inicio de la introducción, a partir del reconocimiento de que “[...]la reforma al sistema de justicia penal que en México inició en entidades federativas y trasladó en junio de 2008 a todo el país a través de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha ido aumentando contenidos relacionados con la justicia restaurativa”⁸ en el capítulo 4 desarrollaré el marco regulatorio tanto del Sistema Universal de Derechos Humanos, como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pasando por las reformas constitucionales del 2008 y del 2011 para entender cuál es el marco jurídico que sostienen los contenidos restaurativos que existen en nuestro país. De esta forma, podremos observar que ya se ofrecen formas alternativas en el modo de impartir justicia y dilucidar que existen disposiciones vigentes que dan posibilidades a que la manera en la cual opere el sistema de justicia penal se cierne sobre la base de estrategias de reparación más

⁴ Pérez Saucedo, José y Zaragoza Huerta, José, “Justicia restaurativa: del castigo a la reparación” en *Entre la libertad y castigo: dilemas del Estado Contemporáneo*, Facultad de Derecho, UNAM, 2011, p. 650.

⁵ Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *op. cit.*, p. 19.

⁶ Bianchi, H, “Abolition: assensus and sanctuary” en H. Bianchi y R. Swaningen (eds), *Abolitionism: Toward a Non-Repressive Approach to Crime*, Free UP, Amsterdam, 1986, p. 117, en Davis, Angela, *Democracia de la abolición. Prisiones, racismo y violencia*, Madrid, Editorial Trotta, 2016, p.112.

⁷ *Idem*

⁸ Maltos, María, “La justicia restaurativa en las leyes ‘nacionales’ mexicanas” en *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral de la administración de justicia*, Año 16, no. 20, Buenos Aires, 2017, p.35

que de retribución Así, en casos limitados, “algunos gobiernos han intentado llevar a cabo prácticas que oscilan entre la resolución de conflictos hasta la aplicación de una justicia restaurativa o reparadora.”⁹

Lo que está claro y resulta una de las fuentes de inspiración del planteamiento principal de esta investigación es que “la respuesta punitiva frente al delito ha sido siempre un hecho incuestionado e incuestionable [...] nunca llegó a pensarse o al menos a decirse que tal vez la respuesta punitiva a los ‘delitos’ no sea la mejor solución o, que tal vez sea la peor.”¹⁰ De esta manera,

“[...] el intento de crear un nuevo mapa conceptual que permita pensar en alternativas al encarcelamiento implica un trabajo ideológico de cuestionamiento de la construcción de la figura del ‘delincuente’ en tanto que es un tipo de ser humano que no se merece ser sujeto de derechos humanos y civiles que otros sí poseen.”¹¹

La justicia restaurativa puede ayudar a pensar modelos que no reproduzcan desigualdades sociales y económicas, que reduzcan el grado de criminalización y pensar en alternativas que no dañen más el tejido social. Derivado de una crítica a recurrir excesivamente a la justicia punitiva, la justicia restaurativa propone una diversificación del sistema penal, que tiene como propósito minimizar la pena privativa de la libertad y brindar alternativas satisfactorias para los actores involucrados.¹² Algunos teóricos presentan a la justicia restaurativa como algo complementario, pero, como veremos más adelante, también hay posturas que la entienden como un movimiento social o un paradigma de justicia que puede llegar a sustituir los castigos privativos de la libertad.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES

1. Justicia retributiva

Para vislumbrar hacia donde vamos, hay que entender de dónde venimos, en este sentido, es primordial tener como punto de partida el sistema de justicia penal hegemónico, que es primordialmente retributivo, punitivista y carcelario. Así, conocer, describir y explicar el modelo penal dominante nos servirá para dilucidar las principales críticas y planteamientos

⁹ Davis, Angela, *Democracia de la abolición. Prisiones, racismo y violencia*, Madrid, Editorial Trotta, 2016, p.112.

¹⁰ Scheerer, Hulsman; Steinert, Christie; De Foltier, Mathiesen, *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 7.

¹¹ *Idem*

¹² Ver Larrauri, Elena, *Introducción a la criminología y al sistema penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2015.

de la justicia restaurativa en contraposición con la justicia retributiva para entonces tener mayor claridad sobre los contrastes que existen en estos dos paradigmas de justicia, pues “nuestro sistema es esencialmente un modelo retributivo de justicia y este modelo es la raíz de muchos de nuestros problemas.”¹³ Aunado a lo anterior, es especialmente importante conocer la justicia retributiva, pues la justicia restaurativa occidentalizada surge principalmente como una respuesta a las divergencias sustanciales que existen con respecto al razonamiento teórico detrás de los principales postulados de la justicia retributiva, así como a la profunda insatisfacción de los resultados en su operativización.

Para Braithwaite y Pettit la justicia retributiva es una “teoría de castigo”¹⁴ que se puede describir como “una teoría deontológica en que las restricciones relevantes se relacionan con imponer a los delincuentes el castigo merecido.”¹⁵ Para Champo, como para una buena parte de los estudiosos del derecho penal, la justicia retributiva se puede entender como una “teoría de la pena.”¹⁶ En este sentido, para hablar de justicia retributiva, entraríamos en el marco de lo que se conoce bajo el nombre de “teorías de la pena o sobre la pena.”¹⁷ Desde la antigüedad se ha hablado de la pena, ya sea como expiación del delito cometido, como catarsis o purificación, de la pena medicinal, de la pena como instrumento de enmienda, de la pena como venganza, de la pena como vía para la reeducación del reo y así sucesivamente, “lo cierto es que el concepto de pena ha ido evolucionando a la par que el hombre, acompañándolo siempre.”¹⁸ Es por ello que, “a lo largo de la historia de la criminología, el debate entre diferentes teorías del castigo ocupó un lugar fundamental.”¹⁹

De tal manera que, antes de adentrarnos en las categorías doctrinales en torno a las teorías de la pena para abordar lo que nos convoca, es relevante detenerse brevemente en el concepto de pena, pues, aunque no existe un concepto teórico finito, la mayor parte de los autores señalan como una de sus principales características que la pena se trata de un mal.²⁰

¹³ Zehr, Howard, *Cambiando de lente, un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, Herald Press, 3era edición, Estados Unidos, 2012, p. 80.

¹⁴ Pettit, Philip y Braithwaite, John, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Siglo XXI, Argentina, 2015, p. 18.

¹⁵ *Ibidem*, p. 24.

¹⁶ Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *Justicia Restaurativa. Su injerencia en el proceso penal*, Tirant, México, 2019, p. 65.

¹⁷ Cfr. López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte General, Tomo. IV*, España, 2002, p. 19.

¹⁸ Herradón Pavón, David, “Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el ordenamiento jurídico penal español” en *Revista Pena México*, Septiembre 2015-Febrero 2016, Número 9, p. 132.

¹⁹ Pettit, Philip y Braithwaite, John, *op. cit.* p. 17.

²⁰ Cfr. Herradón Pavón, David, “Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el ordenamiento jurídico penal español” en *Revista Penal México*, Septiembre 2015-Febrero 2016, Número 9, p. 132.

De esta manera, atendiendo a la pregunta sobre si la imposición de una pena es un fin en sí mismo o bien responde a una finalidad, la doctrina ha dividido a grandes rasgos en tres categorías las teorías de la pena: teorías absolutas, teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general. Así, se cuestiona si se pena para prevenir la comisión de futuros delitos del mismo sujeto que ha delinquido (prevención especial), o bien a otros sujetos (prevención general) o si se pena para retribuir un mal del sufrimiento, el mal causado por el delincuente (teorías absolutas).²¹ Aunque con el paso de los años estas categorías conviven entre sí, sumándose eclécticamente entre ellas y “a partir de los años cincuenta esta condición dogmática ha venido profundamente cambiando”²², aún se utilizan en el derecho penal para explicar el enfoque sobre el cual se entiende el fin o la utilidad de la pena.

De esta manera, desde el punto de vista de Roxi:

“Del cometido del derecho penal y por tanto de las disposiciones penales hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto. Si el derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado. Sin embargo, con ello no está decidido, sin más, de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del derecho penal. A esta pregunta responde la teoría sobre el fin de la pena, la cual ciertamente, siempre tiene que referirse al fin del derecho penal que se encuentra detrás. Desde la antigüedad se disputan el fin de la pena tres interpretaciones fundamentales, que incluso hoy siguen determinando la discusión en diversas combinaciones.”²³

Dicho de otra forma, pero sumado a lo anterior Ferrajoli sostiene que las teorías llamadas *absolutas* pertenecen a su vez a una categoría que él reconoce como justificacionistas, así:

“Con arreglo a una útil distinción escolástica adelantada por los criminalistas del siglo pasado, las doctrinas de la pena que por contraposición con las abolicionistas he llamado *justificacionistas* se pueden dividir en dos grandes categorías: las teorías llamadas *absolutas* y las llamadas *relativas*. Son teorías “absolutas” todas las doctrinas *retribucionistas*, que conciben la pena como *fin* en sí mismo, es decir, como ‘castigo’, ‘compensación’, ‘reacción’ o ‘retribución’, justificada por su valor axiológico intrínseco, por consiguiente, no un medio,

²¹ Cfr. Morselli, Elio, *Neo retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena* en “Anuario de derecho penal y ciencias penales” Tomo 48, Fasc/mes 1, 1995, pp. 265-274.

²² Cfr. *Ibidem*, p. 266.

²³ Roxi, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, 4ª reimpresión, Civitatis, España, 2007, p. 81.

y menos aún un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento.”²⁴

Entonces, según Ferrajoli, en el universo de las teorías justificacioncitas, lo que distinguiría a las teorías *absolutas* de las *relativas* o *utilitaristas* “se halla expresada del modo más nítido en un conocidísimo pasaje de Séneca: las justificaciones del primer tipo son *quia peccatum*, es decir, miran al pasado; las de segundo son *ne peccetur*, esto es, miran al futuro.”²⁵

Con base en lo anterior, se puede decir que la teoría de la retribución se encuentra en el campo de las teorías absolutas, es decir, aquellas que sostienen que

“[...] la pena es la retribución por la comisión de un delito, respondiendo a razones de justicia (Kant) o al imperio del derecho (Hegel). [Para las teorías retributivas] La pena no tiene función utilitaria alguna, sino es un mero castigo, pues la pena es un fin en sí misma.”²⁶

En palabras de Mir Puig, para las teorías absolutas la pena “responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido”.²⁷ De esta forma, Roxi sostiene que:

“La teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría ‘absoluta’ porque para ella el fin de la pena es independiente, ‘desvinculado’ de su efecto social (lat. *absolutus* = desvinculado). La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el principio del Talión: ojo por ojo, diente por diente.”²⁸

Entonces,

“Las doctrinas absolutas o retribucionistas se fundamentan todas en la máxima de que es justo ‘devolver mal por mal’. Se trata de un principio que tiene vetustos orígenes y que está

²⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Tercera reimpresión, Trotta, España, p. 253.

²⁵ *Idem*

²⁶ Herradón Pavón, David, *op. cit.*, p. 135.

²⁷ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Reppertor, España, 2016, p. 84.

²⁸ Roxi, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, 4ª reimpresión, Civitatis, España, 2007, p. 82.

en la base de esa institución arcaica, común a todos los ordenamientos primitivos que es la 'venganza de la sangre.'"²⁹

Así, al no encontrar el sentido de la pena en la persecución de un fin socialmente útil, lo encuentra mediante la imposición de un mal que merecidamente se le retribuye, un mal que equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido.³⁰ De tal forma, lo que propone el retribucionismo es que lo que se necesita para lograr el balance y para pagar la deuda es el castigo, así "los profesionales de la justicia criminal ven su trabajo como el de encontrar niveles apropiado de castigo. Se anima a los agresores a creer que al recibir su castigo están pagando su deuda con la sociedad."³¹ En el mismo sentido, para entender las respuestas que la justicia retributiva moldea frente a un crimen, Zehr hace énfasis en cinco premisas básicas que se dan por sentado cuando hablamos de retribución:

"1. La culpa debe ser reparada; 2. El culpable debe obtener 'lo que se merece'; 3. La justicia requiere que se infrinja dolor; 4. La justicia se valida por el proceso; 5. La transgresión de la ley define la ofensa. De esta manera, el autor define que la justicia retributiva entra en juego para ajustar el marcador, 'ojo por ojo', pues el crimen crea una deuda moral que tiene que pagarse y la justicia es el proceso para equilibrar las cuentas. El crimen crea una deuda moral, la que tiene que pagarse y la justicia es el proceso de equilibrar las cuentas. Es como si hubiera un balance metafísico en el universo que ha sido alterado y debe ser corregido."³²

De esta forma, Zehr pone énfasis en que "la culpa y el castigo son la base fundamental del sistema judicial retributivo. La gente debe sufrir por el sufrimiento que ha causado, solo infligiendo dolor se ajustará el balance."³³

Al igual que Zehr, Ferrajoli también sostiene:

"Estas tres ideas (venganza, expiación y la del equilibrio entre la pena y el delito) han ejercido siempre una fascinación irresistible sobre el pensamiento político reaccionario y nunca se han abandonado del todo en la cultura penalista. Entradas en la crisis en la época de la Ilustración, fueron relanzadas en el siglo XIX gracias a dos [...] versiones laicas: la tesis de origen kantiano con arreglo a la cual la pena es una *retribución ética*, justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y del castigo que consiguientemente se le infringe, y la de ascendencia hegeliana, según la cual es una *retribución jurídica* justificada

²⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* p. 254.

³⁰ Cfr. Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *op. cit.* p. 65.

³¹ Zehr, Howard, *op. cit.* p. 72.

³² *Idem*

³³ *Idem*

por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que reestablezca el orden legal violado.”³⁴

Es por ello que muchos autores afirman que la teoría de la retribución, dentro del mundo de las llamadas “teorías absolutas” debe su elaboración a filósofos como Kant o Hegel, en quienes se reconoce las mayores aportaciones teóricas a estos postulados sobre la pena. Incluso hay quienes concluyen que

“[...] lo que a la teoría de la retribución le ha asegurado científicamente durante tanto tiempo una influencia tan predominante [fue] su fundamentación a través de la filosofía del idealismo alemán, cuyo significado para el desarrollo de la historia de las ideas en nuestro derecho penal difícilmente puede ser sobrestimado.”³⁵

A Immanuel Kant se le considera que fue quien fundamentó lo “absoluto” de la pena. Para Kant, el mal uso de la libertad provoca que el hombre merezca la pena, siendo ésta un imperativo categórico, pues la justicia debe imperar. Pena que será justa, según el autor, cuando se produzca un mal sensible igual al causado por el delito, “poniéndose de relieve que para este autor existe una necesidad ética de imponer la pena, por lo que suele decirse que la filosofía de Kant es la retribución ética.”³⁶ En *La metafísica de las costumbres* el autor intentó fundamentar las ideas de la retribución y la justicia, como leyes inviolablemente válidas, cuya prevalencia era sobre toda interpretación utilitarista. Así, establece que

“Tantos como sean los asesinos que hayan cometido asesinato, o que así mismo lo hayan ordenado, o hayan colaborado con él, tanto también tendrán que sufrir la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial según las leyes generales y fundamentadas a priori. La ley penal es un imperativo categórico, a aquél a quien por motivo de un propósito mundano cualquiera absuelva a un malhechor de la pena o incluso sólo de un grado de la misma, se le invoca una calamidad.”³⁷

Para Kant tiene que haber pena, incluso aunque el Estado y la sociedad ya no existieran; incluso si estos se disolvieran,

“[...] debería ser previamente ejecutado el último asesino que se encontrara en prisión para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen y la culpa de la sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido ese castigo.”³⁸

³⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* p. 253.

³⁵ Roxi, Claus, *op. cit.*, p. 82.

³⁶ Herradón Pavón, David, *op.cit.* p. 136.

³⁷ Roxi, Claus, *op. cit.*, p. 82.

³⁸ Roxi, Claus, *op. cit.*, p. 83.

De tal manera que, para este autor, la pena no admite excepciones de ninguna clase, por lo que su imposición será necesaria siempre que se haya cometido un delito, aunque de ello no resulte ningún beneficio ni para el condenado, ni para la comunidad, pues en ello va la justicia y eso es lo que confirma el fin de la pena. Se fundamenta de esta manera, en la Ley del Talión. De hecho, sobre ella se basa la *magnitud de la pena* según Kant, pues utiliza el principio de compensación, es decir “el talión” o el derecho de resarcimiento, el único que puede determinar con exactitud la cantidad y la calidad de la pena. Por tanto, según el principio de proporcionalidad desde el enfoque retributivo kantiano, el mal infligido debe ser igual al mal sufrido. Así, como expone López Barja de Quiroga para Kant, “la igualdad entendida como equivalencia de males, es la única forma de alcanzar la justicia,”³⁹ es decir, el principio del talión.

Por su parte, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, otro de los grandes teóricos de la teoría de la retribución como teoría absoluta, fundamenta la pena en una reflexión dialéctica, pues establece que el delito es la negación del derecho y la pena la negación de esta negación como “anulación del delito, que de lo contrario tendría validez”⁴⁰ y con ello como “reestablecimiento del derecho”⁴¹. En cuanto a esto, Hegel establece en *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho* uno de sus más importantes textos filosóficojurídicos, incluso hasta nuestros tiempos que “la anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión”. Así, “la pena no es sino la restauración ideal del orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y la particular.”⁴² Sin embargo, lo que lo distingue sustantivamente de Kant es sobre todo que “el principio del Talión, es prácticamente irrealizable, de tal forma que [Hegel] lo sustituye por la idea de la equivalencia del delito y pena y en esta forma se ha impuesto la teoría de la retribución por los siguientes 150 años.”⁴³ Sin embargo, aunque entre ambos autores existan matices en cuanto al fin de la pena, los autores coinciden al no reconocer tampoco metas preventivas como intimidación y corrección como fines de la pena.

Ahora bien, vale la pena rescatar que, en su momento la teoría de la retribución representó un avance evolutivo en la manera en la que se conceptualizaba y se hacía justicia, pues

“Describe el desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que en el desarrollo del curso cultural ha desvinculado la pena

³⁹ López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte General, Tomo. IV*, España, 2002, p. 19.

⁴⁰ Roxi, Claus, *op. cit.* p. 83.

⁴¹ *Idem*

⁴² Herradón Pavón, David, *op. cit.* p. 138.

⁴³ Roxi, Claus, *op. cit.* p. 83.

estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral que procedía según reglas formales y por ello creaba paz.”⁴⁴

Incluso,

“[...] las mismas prisiones se promovieron originalmente como una alternativa humana al castigo corporal y de muerte. La encarcelación debía satisfacer las necesidades sociales de castigo y de protección mientras motivaba la rehabilitación de los agresores”.⁴⁵

En este sentido, así como la justicia retributiva, la cárcel en su momento fue una humanización de castigos preexistentes.

Ahora bien, la pugna por la concepción de la pena es una discusión antigua, de tal forma que la concepción dominante ha mutado con el tiempo, a grandes rasgos se pueden distinguir algunas importantes y predominantes etapas por las que ha atravesado la concepción de la pena y del derecho penal, así, el utilitarismo de la Ilustración nace como respuesta al absolutismo penal de la Edad Media, mientras que el retribucionismo aflora en oposición al utilitarismo, seguido del regreso de la prevención especial (como forma de utilitarismo) tendencia que muda hacia el llamado “neo-retribucionismo”. De esta manera,

“Hasta la década de 1970, el retribucionismo –(a idea de que los delincuentes deben ser castigados porque lo merecen) era casi letra muerta en criminología; si bien algunos estudiosos de la jurisprudencia y la filosofía seguían coqueteando con las teorías retribucionistas, no tenían gran impacto en las políticas públicas. Desde los inicios de la era victoriana, el desprestigio del retribucionismo había ido en aumento, tal vez injustamente, pues se le consideraba una victoria poco científica de los sentimientos de venganza. En el período mencionado, una teoría que descendía del utilitarismo dominó la formulación de políticas en materia de justicia penal: era la teoría que denominamos ‘prevencionismo’”.⁴⁶

Sin duda habían muchos motivos para que los retribucionistas rechazaran el utilitarismo y el prevencionismo, la huida hacia el retribucionismo de nuevo, es decir al “neo-retribucionismo” a partir de las últimas décadas del siglo XX no solo se vio impulsada porque se creía que la criminología utilitaria y prevencionista no había cumplido sus promesas, sino que eran cada vez más los registros de las injusticias perpetradas en nombre de la justicia penal prevencionista.⁴⁷ Entre otras razones, los neoretribucionistas acusaron a los

⁴⁴ Roxi, Claus, *op. cit.* p. 82.

⁴⁵ Zehr, Howard, *Cambiando de..., op. cit.* p. 61.

⁴⁶ Pettit, Philip y Braithwaite, John, *op. cit.* p. 18.

⁴⁷ *Cfr.* Pettit, Philip y Braithwaite, John, *op. cit.* p. 20.

prevencionistas de negar la dignidad humana de los infractores al tratarlos como criaturas determinadas cuyo comportamiento no podría explicarse por su propia decisión de infringir la ley.⁴⁸

Así, retomando a algunos grandes dogmáticos para evaluar la antigua concepción retributiva (Beling, Ricard, Schidt, Hellmuth, Mayer, entre otros) e inspirándose sobre todo en la psicología dinámica o del profundo, el neorretribucionismo se sostiene con base en la idea de que se ha observado que la pena constituye una reacción de la sociedad correspondiente a profundas e inconscientes “necesidades emotivas”. En otros términos, se sostiene que:

“Frente a la comisión de un delito, surge en la sociedad una profunda exigencia de retorción, dirigida a descargar sobre el reo las cargas agresivas que la frustración derivada de la alarma social ha suscitado. Con esta teoría de las necesidades emotivas de punición latentes en el seno de la sociedad, la concepción retributiva encontraría pues una nueva evaluación. No se trataría, esto es, más de una abstracta y mecánica exigencia de compensación del *malum actionis col malum passionis*, así como los grandes pensadores, de Platón a Tomás de Aquino, de Kant a Hegel, parecerían haber configurado la instancia retributiva. Se trataría más bien de un fenómeno que tiene raíces profundas en la naturaleza humana y que, como tal, por cuanto puede parecer irracional y poco apreciable desde el punto de vista ideal y también ético, tiene una profunda y necesaria justificación en la así llamada *natur der sache* o sea en la naturaleza de las cosas. Sino que, esta solución al problema del fundamento de la pena de vuelta hacia el *revival* de la retribución y la llamada ‘neo-retribución.’”⁴⁹

De esta manera, queda claro que las teorías de la pena y la concepción del derecho penal han evolucionado con el tiempo, sin embargo, aunque de una nueva manera con el “neorretribucionismo”, pero sigue siendo el retribucionismo la concepción hegemónica en la forma en la que entendemos y aplicamos el derecho penal, incluso algunos teóricos hablan de que el neorretribucionismo tiene incluso un efecto más nocivo que el retribucionismo porque “en el largo plazo, el efecto del neorretribucionismo en la teoría de la justicia penal consistirá en lograr que la comunidad se sienta más a gusto con el castigo”⁵⁰ entre otros efectos por ejemplo “se alentará la existencia de cárceles aún más superpobladas y brutales que las actuales.”⁵¹

Y aunque (como sostiene Alf Ross) parezca absurda la idea de que infligir penas tenga un valor intrínseco y no persiga otro fin que la justa retribución de los delitos, tan carente de

⁴⁸ Cfr. *Idem*

⁴⁹ Morselli, Elio, *Neo retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena* en “Anuario de derecho penal y ciencias penales” Tomo 48, Fasc/mes 1, 1995, p. 266.

⁵⁰ Pettit, Philip y Braithwaite, John, *op. cit.* p. 23.

⁵¹ *Idem*

sentido como para hacerle suponer que nadie ha sostenido nunca seriamente esta idea, por desgracia, esta suposición no solo es errónea, sino que ha sido la dominante por muchos años. Es imposible negar que la concepción retribucionista de la pena ha sido expresamente teorizada no sólo por Kant y Hegel, sino antes de ellos por Campanella, Selden, Leibnz y Genovesi, y tras ellos y mucho después de ellos, por una nutridísima formación de filósofos y sobre todo de juristas,⁵² es por ello que su versión antigua y moderna es fundamental estudiarla y entenderla, imposible evitarla como punto de partida para generar las críticas y contrastes que llevarán finalmente al nuevo paradigma.

2. Crítica a la justicia retributiva

Como se mencionaba en el apartado anterior, para entender la justicia restaurativa, materia principal de esta tesis, es imprescindible tomar como punto de partida el modelo dominante del cuál venimos, porque entre otras, la justicia restaurativa es una respuesta, una negación, una contrapropuesta y una reacción a la justicia retributiva, frente a la insatisfacción, la ineficiencia y la profunda distancia en cuanto a los principios y los ejes teóricos que la sustentan, es en esencia, una concepción contrapuesta incluso de la visión que se tiene y de la cual se parte de la vida misma. De esta manera, en el apartado anterior se hizo un recorrido sobre los principales teóricos y sus postulados en los cuales se sostiene la justicia retributiva y su breve recorrido histórico que explica la concepción actual predominante de la justicia penal.

En este apartado se busca presentar las principales críticas a la justicia retributiva como antesala para el capítulo II donde se abordará a profundidad la justicia restaurativa, entendiendo previamente las críticas, cuestionamientos y contexto para el surgimiento de la justicia restaurativa como un nuevo planteamiento teórico y práctico frente a la justicia retributiva hegemónica, como un nuevo paradigma de la justicia penal.

Para ordenar las distintas críticas que recibe la justicia retributiva, tomaremos como referencia algunos problemas centrales que Champo Sánchez distingue de lo que llama “la crisis del derecho penal”. Recojo los siguientes: a pesar de que la legislación puede considerar como fin de la pena la reinserción social, en la práctica, la pena se aplica meramente como castigo; falta de contextualización de las conductas, es decir, no importa el contexto social, económico, laboral, emocional o funcional en que la persona se encuentra, solo se analiza la conducta de manera objetiva, es decir, si realizó la conducta y si esa conducta fue querida (dolosa) o no querida (culposa); alejamiento de las partes (imputado y

⁵² Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, op. cit. p. 255.

víctima) a pesar de que no solamente pertenecen a la misma sociedad, sino en algunos casos concretos, podrían pertenecer a la misma comunidad o inclusive a la misma familia; la falacia de pensar que los problemas sociales se componen simplemente modificando la ley; pensar que una sentencia penal condenatoria resuelve un conflicto; el uso indiscriminado de la pena de prisión y la elevación de su duración con fines meramente electoreros; pensar falazmente que se puede reinsertar socialmente a una persona aislándola y excluyéndola de la sociedad; En suma, falta de humanismo y frialdad en el sistema hacia los usuarios.⁵³

2.1. Crítica al postulado ‘cada quien su merecido’ como administración ‘justa’ del dolor

En primer lugar, la justicia retributiva pone al centro de su planteamiento la idea del castigo en dos dimensiones, por un lado, establece el postulado “cada quien su merecido” cuya raíz reside en la Ley del Talión que estipula el famoso “ojo por ojo, diente por diente” y, por otro lado, sostiene que los agresores deben sufrir por el sufrimiento que han causado, es decir, la justicia retributiva plantea que sólo infligiendo dolor se ajustará el balance. De esta manera,

“[...] suponemos que los agresores deben recibir su ‘justo merecido’. Es decir, lo que merecen y la justicia debe ajustar el marcador [...], como si hubiera un balance metafísico en el universo que ha sido alterado y debe ser corregido.”⁵⁴

De hecho, “etimológicamente la palabra ‘pena’ deriva de la expresión latina *poena* y ésta a su vez del griego *poine* que quiere decir dolor y que está relacionada con *ponos* que significa sufrimiento y en sentido jurídico es el dolor físico y moral [...]”⁵⁵ Así, cuando la justicia retributiva habla de castigo, se refiere a infligir dolor intencionalmente. En este sentido, “Nils Christie nos ha ayudado a ver que la ley penal es de hecho una ‘ley del dolor’ porque es un mecanismo complejo para administrar dosis ‘justas’ de dolor.”⁵⁶ Administramos dolor, observa Lampen “porque hemos sido educados para creer que la humillación y el sufrimiento realmente representan lo que es la justicia y que se debe eliminar la maldad con dureza en vez de amor o compresión.”⁵⁷

La amenaza de infligir dolor a aquellos que desobedecen, ha sido reconocida por mucho tiempo como la base del derecho moderno. La esencia del Estado es a menudo identificada

⁵³ Cfr. Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *op. cit.*

⁵⁴ Zehr, Howard, *Cambiando de..., op. cit.* p. 72.

⁵⁵ García Domínguez, Miguel Ángel “Pena, disuación, educación y moral pública” p. 107, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/175/dtr/dtr3.pdf> (consultado 13 de marzo de 2023).

⁵⁶ Zehr, Howard, *Cambiando de..., op. cit.*, p. 61.

⁵⁷ Lampen, John, *Mending Hurts*, Quaker Home Service, Inglaterra, 1987, p. 61, en Zehr, Howard, *Cambiando de lente, un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, Herald Press, 3era edición, Estados Unidos, 2012, p. 74.

por politólogos como el monopolio 'legítimo' de la fuerza. En este sentido, "como el filósofo político Mohr ha notado, las instituciones y los procedimientos jurídicos son entonces parte de un ciclo de violencia más que de un instrumento para romperlo."⁵⁸

Las respuestas vengativas o punitivas ante el daño causado de la justicia retributiva retroalimentan bucles de violencia y contra violencia. El castigo, equivalente a la aplicación legal de la venganza, es una mera variante del daño original, replicándolo y reproduciéndolo. A nivel individual, una respuesta punitiva o vengativa, nos daña psicológicamente, nos atrapa en el pasado y nos ata a definiciones incapacitantes sobre nosotros mismos por una sobre identificación con el dolor, confundiendo quién somos realmente. Este apego al sufrimiento nos bloquea el camino a la sanación, magnifica los deseos de venganza y expande el dolor. Presas del dolor y el pasado, las personas afectadas experimentan una nueva victimización, pero esta vez autoinfligida. Está científicamente comprobado que el odio y el enojo corroen nuestro bienestar, a nivel físico y emocional.⁵⁹

De esta manera, incluso aunque intentemos ocultar esta realidad, es decir, la idea de que generando dolor podemos castigar a los responsables del dolor, "no podemos negar que la nuestra es una cultura que trata de evadir la realidad del dolor [...] no nos gusta el dolor ni la venganza y ciertamente no queremos que se piense que lo infligimos, así que lo ocultamos y los oscurecemos."⁶⁰

Sin embargo, por más que lo ocultemos de distintas formas, incluso "amables", "[...] es precisamente lo que hacemos cuando hacemos 'justicia'. Infringimos el dolor en respuesta del crimen"⁶¹ y esto jamás podrá ser una solución a los problemas, pues es claro que "al decirle al ofensor, 'tú le has causado dolor a alguien así que emparejaremos las cosas infligiéndote dolor', meramente aumenta la cantidad de dolor en el mundo."⁶²

Ahora bien, por otro lado, sobre el otro postulado del castigo que establece *cada quien su merecido* en primer lugar se puede decir, que cuando la justicia retributiva enuncia esto y establece una pena individualizada por *delincuente* "[...] asegura a la comunidad que lo importante no es si las medidas preventivas le ofrecen protección frente al delito: cuando castigamos, hacemos lo correcto porque le damos a las personas lo que merecen."⁶³

⁵⁸ Zehr, Howard, *Cambiando de...*, *op. cit.* p. 75.

⁵⁹ Cfr. Davis, Ángela, *op. cit.*

⁶⁰ Zehr, Howard, *Cambiando de...*, *op. cit.* p. 73.

⁶¹ *Idem*

⁶² *Ibidem*, p. 72

⁶³ Pettit, Philip y Braithwaite, John, *op. cit.* p. 22.

De esta forma, pierde de vista por completo el contexto y las condiciones en las cuales se cometió el delito, es decir, “el castigo puede ser justamente merecido, sin importar que el entorno social sea justo o no.”⁶⁴ Sin embargo, la motivación para causar perjuicio es mucho más compleja que lo que la justicia retributiva plantea y de lo que nuestra perspectiva individualista reconoce, así “el apóstol Pablo, ciertamente, nombró la complejidad de la responsabilidad de mal obrar.”⁶⁵

En este orden de ideas,

“El entendimiento disgregado de la culpa y de la responsabilidad tampoco toma en cuenta el contexto de la conducta. Aunque cada uno de nosotros es responsable de las opciones que tomamos, ciertamente, el contexto social y psicológico en que nos encontramos influye en nuestra opciones reales y potenciales. El contexto social, económico, político y psicológico en que nos encontramos influye en nuestra conducta sí es importante, pero nuestro concepto individualista de culpa ignora este contexto.”⁶⁶

Es por ello que, lejos de necesitar a una justicia representada por una mujer ciega, con una venda en los ojos cargando una balanza que no ve nada y sólo siente con su mano el peso de la ley “imparcial”, sin observar el contexto y las circunstancias, necesitamos a una justicia observadora, con los ojos bien abiertos, que sienta, pregunte, empatice, entienda y conozca el contexto económico, social, político y psicológico en el cual se cometen delitos, que cuestione y se involucre con las condiciones que orillaron a los delincuentes a delinquir, que se cuestione qué tanto fue producto de una decisión y qué tanto fueron las circunstancias indeseadas las que orillaron a delinquir. Necesitamos una justicia, que lejos de estar ciega, tenga los ojos bien abiertos para juzgar lo más “justo” posible.

Por si fuera poco, sumado a todo lo anterior, pensar la justicia de esta manera también tiene problemas en la “lección” que reciben los agresores, puesto que:

“Las suposiciones básicas del justo merecido y de la imposición del dolor significan que los agresores están atrapados en el mundo de la ley del Talión. Esto a su vez tiende a confirmar la perspectiva y la experiencia de vida de muchos agresores. El mal se compensa con mal y los agresores merecen venganza. Muchos crímenes se han cometido por gente que ‘castiga’ a sus familias, a sus vecinos o a sus conocidos.”⁶⁷

⁶⁴ Zehr, Howard, *Cambiando de...*, op. cit. p. 69.

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 68.

⁶⁶ *Idem*

⁶⁷ *Ibidem*, p. 74.

Además,

“Ante un análisis más profundo, los agresores sienten que difícilmente estén realmente ‘pagando una deuda’ de esta manera. El ‘pago’ es excesivamente abstracto y no hay ninguna resolución pública cuando la deuda se haya pagado.”⁶⁸

En otras palabras, popularmente conocidas, el postulado “cada quien su merecido” de la justicia retributiva, basado en la vieja y obsoleta Ley del Tali3n, llevaría necesariamente al sabio dicho que establece “si castigáramos ojo, por ojo, y diente por diente el mundo se quedaría ciego y chimuelo.”

De esta forma, dice Howard Zehr, “la culpa y el castigo son la base fundamental del sistema judicial”⁶⁹ y a pesar de la autoridad de Kant y Hegel, ambas versiones de la doctrina retribucionista de la pena son insostenibles. En la base de una y otra, como ha observado Ginsberg, está la oscura pero enraizada creencia en la existencia de algún nexo necesario entre culpa y castigo. Se trata, en efecto, de una supervivencia de antiguas creencias mágicas que derivan de una confusión entre derecho y naturaleza: la idea de la pena como remedio y reafirmación del orden natural violado; las religiosas del tali3n o de la purificación del delito a través del castigo, o las no menos irracionales de la negación del derecho por parte del ilícito y de la simétrica reparación de éste a través del derecho.⁷⁰

Además, refiriéndonos a la dupla “culpa y castigo”,

“Irónicamente, este enfoque de infligir dolor puede interferir con el primero, el de establecimiento de la culpabilidad. Por la amenaza del castigo, los ofensores son reacios a admitir la verdad. Las consecuencias punitivas son tan graves, que para resguardar los derechos de los ofensores se necesitan pautas complicadas, las cuales pueden dificultar el descubrimiento de la verdad. También los jueces y jurados, pueden ser menos propensos a condenar cuando el castigo potencial es visto como muy severo.”⁷¹

2.2. Crítica a la concepción dicotómica del conflicto

Por otro lado, una de las más atinadas e importantes críticas a la justicia retributiva es relativo a la dicotomía que genera en su entendimiento sobre el fenómeno delictivo y las partes implicadas, para la justicia retributiva existen sólo dos partes, no hay medias tintas, sólo

⁶⁸ *Ibidem*, p. 72.

⁶⁹ *Idem*

⁷⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* p. 255.

⁷¹ Zehr, Howard, *Cambiando de..., op. cit.*, p. 74.

existe el blanco-negro, malo-bueno, de una manera muy simplista la justicia retributiva entiende el fenómeno delictivo. Davis explica que los sistemas de justicia adversarial crean intencionalmente dos partes opuestas para determinar quién está en lo correcto/incorrecto, quién es culpable/inocente, y quién ganará/ será vencido en juicio.⁷² De esta manera,

“El sistema penal no tiene la capacidad de abordar la complejidad de los conflictos. Está acostumbrado a una respuesta binaria, en tanto los conflictos son proteiformes. Esta característica nos debería hacer dudar de su efectividad.”⁷³

El enfoque penal que acompaña esta visión está permeada de la manera en la que se percibe al victimario. De esta forma,

“Foucault apunta a una nueva forma de entender al ‘criminal’ que se define a partir del siglo XVIII, donde se concibe como enemigo de la sociedad por romper el pacto social que han establecido las leyes que rigen a dicha sociedad, a partir de entonces el criminal se concibe como un enemigo social y de resultas, el castigo no debe ser ni la reparación del daño causado a otro, ni el castigo de falta, sino una medida de protección, de contraguerra que la sociedad va a tomar contra aquel. Para esa acción, se desarrollan y fortalecen una serie de instituciones penales que permitan al Estado detener, juzgar, procesar y castigar, así como un discurso de criminalización sobre ciertos cuerpos y ciertas acciones. En este proceso, se construye la necesidad de excluir al ‘delincuente’ de la sociedad, de temerle y pensarlo como un sujeto que no merece pertenecer a la comunidad.”⁷⁴

De esta manera, es indispensable salir de la lógica binaria de la justicia retributiva para concebir un nuevo paradigma de justicia, donde únicamente se tienen respuestas magras, poco satisfactorias para los afectados, es decir donde solo se juzga al responsable y si se le encuentra culpable se le aplica un castigo de un elenco de penas (además) bastante escueto.⁷⁵

“El sistema penal, particularmente, se ha caracterizado por estructuras con poca flexibilidad para contemplar las necesidades concretas de las personas involucradas en un conflicto o delito. Algunos procesos desde su concepción tradicional del sistema penal siguen ofreciendo

⁷² Cfr. Davis, Ángela, *op. cit.*

⁷³ Lewis, Juan “¿Qué esperamos de la Justicia Restaurativa como filosofía y prácticas restaurativas? Algunas preguntas que hacemos”, p. 21, en *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Defensoría del Pueblo, Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, 2021.

⁷⁴ Álvarez Brunel, Emmanuel Paul Mayolo, “Estrategias restaurativas con ofensores sexuales en Ciudad Juárez, Chihuahua. Acciones y políticas de instituciones y organizaciones de la sociedad civil.” El Colegio de la Frontera Norte, México, 2020.

⁷⁵ Cfr. Lewis, Juan, *op. cit.*

sólo dos alternativas: la impunidad o el castigo, en donde la víctima y la comunidad, quedan inadvertidas, una señal que impacta simbólica y objetivamente.”⁷⁶

Cuestionar la relación binaria y dicotómica que se establece a través del proceso de la justicia criminal y con base en cual, las heridas y las necesidades tanto de la víctima como del agresor se descuidan y los perjuicios se agravan⁷⁷ es fundamental para poder constuir una justicia distinta, atravesada por el no conformismo que plantea esta manera de entender los conflictos sociales, además,

“El intento de crear un nuevo mapa conceptual que permita pensar en alternativas al encarcelamiento implica un trabajo ideológico de cuestionamiento de la construcción de la figura del ‘delincuente’ en tanto que un tipo de ser humano que no se merece ser sujeto de derechos humanos y civiles que otros sí poseen.”⁷⁸

2.3. Crítica al encarcelamiento como solución al fenómeno delictivo.

Otra de las características principales de la justicia retributiva es asociación intrínseca que guarda con la privación de la libertad. Estudiosos críticos del sistema penal, la mayoría de ellos pertenecientes a las corrientes del “abolicionismo carcelario” han elaborado múltiples y profundas críticas a este modelo de castigo, a manera de síntesis con el objetivo de tener un piso común mínimo del cual partir para entender la propuesta que la justicia restaurativa ofrece, describiré algunos de los principales problemas que se identifican del encarcelamiento, sobre todo en un país como “México, [que] como en otras partes del mundo, la tendencia apunta hacia la ampliación del uso del derecho penal, sobre todo del uso de penas de prisión.”⁷⁹

Las prisiones han crecido enormemente a partir de 1980⁸⁰ (momento en que la población carcelaria aumentaba rápidamente) para concentrar y administrar lo que el sistema capitalista había implícitamente declarado ‘excedente humano.’ Así, dice Davis:

“Cuando apareció el impulso por producir más prisiones y encarcelar cada vez más cantidades de personas en los años ‘80, durante lo que se conoce como la ‘era Reagan’, los

⁷⁶ Lewis, Juan, *op. cit.*

⁷⁷ Cfr. Zehr, Howard, *Cambiando de..., op. cit.* p. 61.

⁷⁸ Davis, Ángela, *op. cit.* p. 112.

⁷⁹ Pérez Correa, Catalina, “Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho” en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 75, no. 2, México, 2013, disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032013000200005#n0a (consultado 13 de marzo de 2023).

⁸⁰ Cfr. Davis, Ángela, *op. cit.* p. 107.

políticos argumentaban que las posiciones ‘duras contra el crimen’ (incluyendo la encarcelación efectiva y las sentencias más largas) mantendrían a las comunidades libres de delitos. Sin embargo, la práctica de encarcelación masiva durante ese período tuvo escaso o ningún efecto sobre las tasas oficiales de criminalidad. De hecho, el patrón más obvio fue que las cada vez mayores poblaciones carcelarias no llevaban a comunidades más seguras, sino, en cambio, a poblaciones carcelarias todavía más grandes. Cada nueva cárcel daba origen a una nueva cárcel más.”⁸¹

En este sentido

“Como sabemos, en la actualidad se asume que la privación de la libertad es la pena establecida para gran parte de los delitos, especialmente, los graves. Con esto, nos referimos a una de las instituciones por excelencia del sistema penal y de la aplicación de la justicia retributiva: la prisión. Y, aunque la prisión se ha reformado un sinnúmero de veces, hasta incluso modificar su nombre en México a ‘centros de reinserción social’, en su base sigue persistiendo la idea de castigo y aislamiento como funciones básicas y centrales.”⁸²

De esta forma, relacionado con el apartado anterior,

“El castigo penal, que en la realidad de nuestro país se ha reducido a la aplicación de penas de prisión y la institucionalización del sistema carcelario, implica la utilización del aparato del Estado para producir un daño. Aunque no sea éste el propósito último de la imposición de penas privativas de libertad, éstas implican un daño grave, directo y, contrariamente a lo que se suele pensar, permanente para quien las recibe.”⁸³

Así,

“En efecto, el sistema penal se ha caracterizado por sus estructuras rígidas, con poca flexibilidad para contemplar las peculiaridades concretas de cada conflicto concreto. Hasta hace pocos años, la concepción tradicional del sistema penal ofrecía sólo dos alternativas para abordar un conflicto (nótese evité usar la palabra “solucionar”): la impunidad o el castigo (y éste a través de un acotadísimo número de posibilidades, ya que el elenco de penas es bastante escueto en el mundo occidental).

Como se ve, esta es una oferta bastante pobre para enfrentar un conflicto. Las consecuencias están a la vista: este sistema habitualmente no soluciona conflictos. Podemos reconocerle o discutir muchos otros objetivos o ventajas, pero está claro que no posee estructuralmente

⁸¹ Davis, Angela, *¿Son las prisiones obsoletas?*, Bocalvaria Ediciones, Argentina, 2017, p. 107.

⁸² Álvarez Brunel, Emmanuel Paul Mayolo, *“Estrategias restaurativas con ofensores sexuales en Ciudad Juárez, Chihuahua. Acciones y políticas de instituciones y organizaciones de la sociedad civil.”* El Colegio de la Frontera Norte, México, 2020, . 26.

⁸³ Pérez Correa, Catalina, *op. cit.*

nada que nos permita solucionar conflictos. Algunos autores son más lapidarios aún, sostienen que la pena puede “congelar” el conflicto con la esperanza que el tiempo lo diluya. Pero está claro que no ofrece una solución o superación del conflicto.

Quizás una de las razones de esta falencia se encuentre en la manera en extremo pobre de considerar o evaluar los conflictos. Lo que los lleva a reaccionar siempre de la misma manera. En ‘Vigilar y Castigar’, Foucault citaba a unos diputados franceses que, en las sesiones en que se debatía el Código Penal, de Napoleón (quizás el primero de la época moderna) decían: si he traicionado a mi país, se me encierra; si he matado a mi padre, se me encierra; todos los delitos imaginables se castigan de la manera más uniforme. Me parece estar viendo un médico que para todos los males tiene el mismo remedio.⁸⁴

Una de las principales razones por las cuales aumenta las sanciones privativas de la libertad, según Pérez Correa se debe a que

“El aumento de sanciones parece, a primera vista, una respuesta fácil y poco costosa para resolver los problemas de criminalidad. Por una parte, implica para los gobernantes poco esfuerzo de comunicación con la sociedad —no son necesarios el estudio ni la comprensión de las causas que generan la delincuencia—; por otra, promete tener efectos inmediatos: más delincuentes incapacitados en la cárcel por más tiempo y un mayor efecto disuasivo.”⁸⁵

Sin embargo, contrario a esa apreciación popularizada,

“Los datos demuestran que jamás podremos atrapar una cantidad de delincuentes suficiente para reducir de manera sustancial el delito mediante la incapacidad, o al menos que los costos de encerrar una cantidad tal de delincuentes que implique una diferencia concreta en lo que respecta al delito superan las capacidades presupuestales, incluso de los países más ricos del mundo.”⁸⁶

Además, por ejemplo, hablando de la pena capital o pena de muerte, considerada la más fuerte de todas las penas, contrario a lo supuesto, cuyo efecto podría considerarse como el más disuasivo y eficiente,

⁸⁴ Lewis, Juan “¿Qué esperamos de la Justicia Restaurativa como filosofía y prácticas restaurativas? Algunas preguntas que hacemos”, p. 21, en *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Defensoría del Pueblo, Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, 2021.

⁸⁵ Pérez Correa, Catalina, “Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho” en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 75, no. 2, México, 2013, disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032013000200005#n0a (consultado 13 de marzo de 2023).

⁸⁶ Pettit, Philip y Braithwaite, John, *op. cit.* p. 20.

“Estudios de la pena capital no han encontrado indicios de que la pena de muerte disuade. Al contrario, hay cierta evidencia que muestra que el ejemplo de la pena de muerte en realidad motiva a algunas personas a matar. Aparentemente el mensaje que algunos agresores potenciales reciben no es que el matar es malo, sino que aquellos que nos hacen daño merecen la muerte. El mensaje de que los agresores deben recibir su justo merecido y que lo que merecen justamente es el castigo, puede dejar una lección muy diferente de la que se pretende.”⁸⁷

De tal suerte que,

“La mayor parte de la opinión criminológica experta coincide con los opositores; cada tanto, en algún debate público, los especialistas sacan a relucir datos que indican que aquellos sitios en que se reimplantó la pena de muerte no registraron disminución alguna en sus índices de delincuencia.”⁸⁸

Además, una de las problemáticas que encuentro más graves es que la prisión genera “efectos indefinidos y expandidos”, es decir lejos de tener teóricamente una durabilidad concreta y ser castigos individualizados, las penas privativas de la libertad se extiende en el tiempo y afecta a todo un entorno social, familiar, laboral de la persona condenada. Así,

“Por ejemplo, si pensamos en las penas privativas de libertad como forma de disuasión, como propone el instrumentalismo, es necesario tomar en cuenta la totalidad de los ‘costos’ que el castigo implica, para maximizar el efecto disuasivo. Se establece así que las penas de prisión tienen como costo principal para el transgresor la pérdida de la libertad y como costos secundarios la pérdida de la familia y la comunidad; la pérdida de un trabajo presente (en caso de haberlo) y la estigmatización resultante de haber sido acusado(a) penalmente y por haber estado en prisión, con los costos anexos en términos de futuras oportunidades de empleo y prestigio social que esto implica.”⁸⁹

A todo lo dicho anteriormente,

“Braithwaite y Pettit⁹⁰ agregan que, en prisión, la persona detenida adquiere nuevas destrezas ilícitas, algo que no puede ser ignorado en países como México, atravesados por el narcotráfico y la violencia extrema, donde los centros penitenciarios presentan actividades

⁸⁷ Zehr, Howard, *Cambiando de...*, *op. cit.* p. 74.

⁸⁸ Pettit, Philip y Braithwaite, John, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁹ Pérez Correa, Catalina, “Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho” en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 75, no. 2, México, 2013, disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032013000200005#n0a (consultado 13 de marzo de 2023)

⁹⁰ Pettit, Philip y Braithwaite, John, *op. cit.* p.20.

ilícitas en el 40.44%. Esto solo suma a la serie de condiciones que dificultan o imposibilitan la reinserción social de la persona ofensora y, que no permiten mirar más allá de la pena, hacia una posible toma de responsabilidad por la persona ofensora y reparación del daño [...]”

En el mismo sentido,

“La activista estadounidense Mimmi Kim considera también que el sistema penitenciario es selectivo, afectando desproporcionalmente a las personas racializadas y empobrecidas, de tal forma que las prisiones sirven para mantener violencias estructurales originadas en un modelo neoliberal que reduce derechos sociales. Por ello, las personas más afectadas por la prisión, son aquellas afectadas por las políticas de privatización de la salud, la educación y los servicios básicos, así como por la violencia y la desigualdad social.”⁹¹

Pérez Correa establece que “[...] los castigos penales en nuestro país son impuestos de manera desproporcionada a un determinado sector de la sociedad: hombres jóvenes provenientes de sectores económicamente marginados.”⁹²

De esta manera,

“La sociedad mexicana, como otras sociedades latinoamericanas, está marcada por fuertes desigualdades sociales. El proceso penal y las aplicaciones de castigos parecen abonar a esta marca criminalizando y excluyendo a sectores de la población que comparten ciertas características sociales y cuyas necesidades, además, habían sido previamente desatendidas por la sociedad.”⁹³

Sobre el racismo y las cárceles Juliana Borges⁹⁴ antropóloga feminista y antirracista desde la perspectiva brasileña señala que la justicia penal sostiene vigente el racismo y las desigualdades basadas en la jerarquía racial, para Borges el encierro significa una “muerte social” particularmente desde su campo de estudio se refiere a las personas negras, quienes además de la pérdida del derecho a la libertad, con la cárcel pierden otros derechos que incluso al recuperar de nuevo la libertad difícilmente recuperarán. Por su parte, Dean Spade⁹⁵ agrega también que las instituciones supuestamente responsables de otorgar

⁹¹ Álvarez Brunel, Emmanuel Paul Mayolo, *op. cit.* 29.

⁹² Pérez Correa, Catalina, *op. cit.*

⁹³ Pérez Correa, Catalina, *op. cit.*

⁹⁴ Cfr. Borges, Juliana, *Encarcelaciones masivas, genero, raza, clase y guerra contra las drogas*, Madreselva, Argentina, 2021.

⁹⁵ Cfr. Dean Spade, “Intersectional Resistance and Law Reform”, *Signs*, vol. 38, no. 4, 2013.

seguridad y justicia generalmente operan en contra de personas según la clase social a la que pertenecen, su color de piel, alguna discapacidad, entre otras.

Lo anterior se refuerza con las conclusiones del estudio que hicieron Azaola y Bergan, cuya conclusión número 3 confirma que:

“En los centros penitenciarios del país no habitan, en general, los delincuentes que han cometido los delitos más peligrosos, sino los pobres. La gran masa de la población penitenciaria está compuesta por internos responsables de delitos relativamente menores, lo que contrasta con la magnitud y gravedad de la creciente criminalidad. La proporción de internos reclusos por delitos graves es muy baja, mientras que existen evidencias de que este tipo de delincuentes logra eludir con mayor frecuencia las sanciones penales.”⁹⁶

Así, en el mismo estudio se concluye que:

“La institución carcelaria en México no ocupa un lugar de importancia en el esquema social de contención y lucha frente al incremento de la criminalidad. Parece responder más a una estrategia de castigo diferencial dirigida hacia quienes no pudieron evitar ser procesados y sentenciados.”⁹⁷

Otra de las graves consecuencias de la prisión, que en el siguiente apartado abordaremos a profundidad tiene que ver con las consecuencias que el estigma o el etiquetamiento sobre los acusados, que lejos de (como se podría creer) disuadir delitos, los promueve, de esta forma:

“[...] existen implicaciones prácticas negativas del uso de castigos penales, que en México se reducen prácticamente en su totalidad a la imposición de penas de prisión. Algunos estudios realizados desde la psicología social muestran que, al estigmatizar y excluir a ofensores (o presuntos ofensores), el sistema penal —especialmente al hacer uso de sanciones penales— no sólo no disuade de cometer delitos, sino que además los promueve.”⁹⁸

En suma,

⁹⁶ Bergman, Marcelo y Azaola, Elena, “Cárceles en México. Cuadros de una crisis” en *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, No. 1, Flacso, Ecuador, 2007, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5407124> (consultada 12 de marzo de 2023).

⁹⁷ *Idem*

⁹⁸ Pérez Correa, Catalina, “Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho” en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 75, no. 2, México, 2013, disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032013000200005#n0a (consultado 13 de marzo de 2023).

“Una comprensión matizada del papel social del sistema punitivo implica dejar de pensar, tal y como habitualmente hacemos, en el castigo como la inevitable consecuencia del crimen. El ‘castigo’ no es una consecuencia lógica y evidente del ‘crimen’ o delito, tal y como afirman los discursos que insisten en la justicia del encarcelamiento, sino que el castigo más bien - sobre todo, a través del encarcelamiento (y a veces la muerte)- está relacionado con los programas de los políticos, con el beneficio empresarial y con las representaciones mediáticas del crimen. El encarcelamiento está vinculado con la racialización de aquellos que son más susceptibles de ser castigados. Se asocia a la clase y, como hemos visto, también a las estructuras de género del sistema punitivo.”⁹⁹

Por esto, Dean Spade¹⁰⁰ concluye: las cárceles no están llenas de personas malas, sino de personas pobres y morenas (en el caso de México); El aumento de personas en las cárceles no es igual a que vivamos más seguros; Una buena parte de la violencia registrada ocurre entre personas conocidas, por lo tanto es indispensable complejizar nuestra forma de entender y abordar la violencia y la manera en que la resolvemos; Las cárceles son lugares son espacios violentos en sí mismos y la violencia se expresa de distintas maneras.

Y para terminar con lo relativo al cuestionamiento de la justicia retributiva desde el sistema de encarcelamiento, Davis plantea una pregunta y propone una posible respuesta que me parecen fundamentales para dar entrada al capítulo II donde abordaremos de fondo qué es lo que la justicia restaurativa plantea en contraposición a la visión carcelaria, sesgada, cerrada, limitada, clasista y racista de la justicia retributiva:

“¿Por qué tendría que ser tan difícil imaginar alternativas a nuestro actual sistema de encarcelamiento? Hay una serie de razones por las que tendemos a resistirnos a la posibilidad de crear finalmente un sistema de justicia totalmente diferente y quizá también más igualitario. La primera de todas es que pensamos en el actual sistema, con su exagerada dependencia del encarcelamiento, como un modelo definitivo y, por tanto, nos cuesta mucho imaginar cualquier otro modo de ocuparse de los más de dos millones de personas encerrados actualmente en cárceles, prisiones, reformatorios y centros de detención para migrantes en el país (Estados Unidos).”¹⁰¹

2.4. Crítica al estigma social

Por último, otro de los grandes problemas de la justicia retributiva y relacionado estrechamente con el encarcelamiento tiene que ver con el estigma (es decir, la

⁹⁹ Davis, Ángela, *op. cit.* p. 111.

¹⁰⁰ *Cfr.* Dean Spade, “Intersectional Resistance and Law Reform”, *Signs*, vol. 38, no. 4, 2013.

¹⁰¹ Davis, Ángela, *op. cit.* p. 106.

“perpetuación” de la pena) con el que cargan las personas que han sido privadas de su libertad o condenadas por este sistema el resto de su vida y lo que ello implica en su posibilidad de rehacer su proyecto de vida post-encarcelamiento.

En este sentido, sobre el estigma, el sociólogo canadiense Goffman¹⁰² explica que la sociedad establece medios para categorizar a las personas y también los atributos que se consideran corrientes y naturales en los miembros de esas categorías. El término estigma es utilizado para hacer referencia a un atributo profundamente desacreditador, estigma es la etiqueta negativa que señala a una persona como desacreditada. Goffman apunta además que cuando la sociedad genera un estigma, suele acompañarse de una teoría que justifica su exclusión, su inferioridad, sus características indeseables, sus imperfecciones y toda su negatividad que, contribuyen a la deshumanización de la persona estigmatizada, de tal manera, los ‘normales’ consideran que la persona que tiene un estigma no es totalmente humana y en función de eso practican diversos tipos de discriminación. De esta manera, según Goffman, un estigma es un atributo que desacredita a un individuo, que lo reduce de una persona completa y común a una marcada y disminuida. La estigmatización ocurre cuando una persona posee o cree poseer alguna característica que le confiere una identidad social que es devaluada en un contexto social particular.

Ahora bien, el proceso de estigmatización se puede entender de manera diferenciada según el utilitarismo o el retribucionismo, sin embargo “ya sea que entendamos el castigo como una forma de disuadir a los delincuentes (postura utilitarista) o como una retribución, la estigmatización o etiquetamiento del delincuente sigue jugando un papel importante en el castigo.”¹⁰³

Particularmente

“Desde retribucionismo [...] se ha enfatizado la importancia del estigma en el castigo. Whitman (2003: 20) resalta la importancia de la degradación del ofensor como parte intrínseca del castigo penal. Según el autor, desde los griegos hasta los teóricos retribucionistas modernos como Jean Hampton, el rol de la degradación de los ofensores es no sólo una consecuencia colateral del castigo, sino una parte esencial del mismo. Incluso, señala Whitman (2003: 23), sociólogos como Harold Garfinkel han estudiado el juicio penal (no sólo el castigo) como una ceremonia diseñada para, de forma ritual, degradar al ofensor.”¹⁰⁴

¹⁰² Cfr. Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu, 2ª edición, 2020.

¹⁰³ Pérez Correa, Catalina, *op. Cit.*

¹⁰⁴ *Idem*

Además, la idea de estigmatización, es una idea vieja de conceptualizar el castigo,

“De acuerdo con James Q. Whitman (2003), el castigo penal siempre ha involucrado algún grado de estigmatización del acusado o acusada. Históricamente, muchos castigos incluso implicaban marcar físicamente a la persona para designarle la calidad de ofensor(a) de forma permanente. A principios del siglo XVI en Inglaterra, por ejemplo, los esclavos que trataban de escapar eran marcados con una S en la cara o en la mano. Hasta 1879, cuando fue abolido el Código de Amotinamiento Inglés (British Mutiny Act), los desertores del ejército podían ser condenados a ser tatuados con una letra D, con tinta o pólvora, no menor de una pulgada, en el costado izquierdo, dos pulgadas debajo de la axila.”¹⁰⁵

Y aunque hoy en día se puede afirmar que por suerte se han abandonado las prácticas de marcaje físico como estigmatización de los acusados, es verdad que,

“El castigo penal es entendido por varios autores como un proceso de estigmatización. La designación de ‘criminal’ confiere a una persona una marca que la señala como de inferior estatus en el orden social. Implícito en esta designación está un mensaje de contaminación y riesgo (Whitman, 2003: 21). Solemos pensar en los criminales como personas riesgosas (peligrosas) y de poco fiar. Prueba de ello son las pocas probabilidades que tiene un excarcelado para conseguir empleo legal.”¹⁰⁶

A pesar de la diferencia de la evolución de la estigmatización en el tiempo, algo que tenemos claro es que “[...] la evidencia apunta a que las reacciones frente al estigma son similares en distintas sociedades, incluida la nuestra. Tendemos, como seres humanos, a rechazar y a temer a quienes consideramos diferentes, a quienes se apartan de la norma (de lo normal).”¹⁰⁷

Como se mencionaba antes, lo más grave de la estigmatización o el etiquetamiento de una persona es que

“Una vez estigmatizada como criminal, una persona queda ‘contaminada’ de manera indefinida. Una de las críticas que se hacen a las sanciones de vergüenza es, precisamente, la estigmatización (y consecuente reproche social) indefinida que producen (Massaro, 1997). Al no haber un tiempo determinado para la duración del efecto de la sanción, queda indefinida, hasta cierto grado, la severidad de la misma. En el caso de las penas de prisión, esto puede verse en la forma en que nuestras sociedades tratan a los excarcelados. Aun

¹⁰⁵ *Idem*

¹⁰⁶ *Idem*

¹⁰⁷ *Idem*

cuando se afirme que la pena termina con la liberación, la estigmatización o etiquetamiento persiste y por tanto el rechazo y temor a ellos y ellas también.”¹⁰⁸

Finalmente, para Pérez Correa, partiendo de que en teoría el estigma hasta cierto punto es deseable en el sistema penal, los datos indican que, contrario a lo que se busca, pues así

“[...] cuando las personas miden los costos de cometer un delito (pérdida de la libertad, alejamiento de la familia y la comunidad, pérdida de oportunidades laborales y de otro tipo) el estigma genera un peso mayor para disuadir de esa acción delictiva. Es decir, contrario a esta visión punitiva, la autora asegura que el estigma del ‘delincuente’, promueve que interiorice estas acciones como parte de su identidad y sea más difícil salir del círculo del delito. O sea, que el sujeto no pueda pensarse fuera de la categoría ‘delincuente’, pues las condiciones sociales de discriminación y exclusión lo orillen a pensarse desde ahí constantemente.”¹⁰⁹

CAPÍTULO II. APROXIMACIÓN TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1. Origen y evolución

La mayor parte de los documentos sobre justicia restaurativa sitúan muy concretamente en un acontecimiento específico el inicio de lo que occidentalmente se ha denominado “justicia restaurativa”. Se habla de que la justicia restaurativa en materia penal nació a partir de un suceso que se suscitó en el año 1974 en la congregación cristiana-menonita, específicamente en la comunidad de Kitchener, provincia de Ontario, Canadá. Se trató de un evento en el cual durante algunas horas, dos adolescentes en estado alcohólico ocasionaron daños a automóviles y viviendas en la comunidad, hechos que terminaron con la declaración de culpabilidad de 22 cargos. Se cuenta que un oficial de libertad condicional de nombre Mark Yanatzi y miembro de la misma comunidad menonita, cansado de la falta de respuesta judicial efectiva a los numerosos ataques a la propiedad realizados por menores de edad, planteó al juez la opción de que los jóvenes tomaran conciencia de sus acciones en encuentros con las víctimas, destinados a su restauración. El juez aceptó y ordenó a los dos condenados que fuesen con Yantzi y Worth (otro integrante de la comunidad) y luego le hicieran un informe de lo que habían visto de la conversación que resultara con las víctimas y al respecto de los daños que habían sufrido. La sorpresa fue que la solución fue exitosa y los jóvenes infractores se reincorporaron a la comunidad. Así, se dice que en 1974 se dictó

¹⁰⁸ *Idem*

¹⁰⁹ Álvarez Brunel, Emmanuel Paul Mayolo, *op. cit.* p. 29.

la primera sentencia de justicia restaurativa y gradualmente los jóvenes pudieron restituir el daño causado a los habitantes de la comunidad.

El éxito de ese caso permitió establecer el primer programa de justicia restaurativa conocido como “Programa de Reconciliación entre Víctima y Ofensor (PRVO).”¹¹⁰ La evolución de los encuentros víctima–ofensor hacia la concreción de la justicia restaurativa tiene como protagonista y testigo a Howard Zehr, también menonita y precursor del movimiento de justicia restaurativa en materia penal a nivel mundial.¹¹¹

Sin quitarle relevancia al hecho acontecido, ni mucho menos a la importancia de Howard Zehr como uno de los grandes precursores más relevantes en la materia, quisiera problematizar el hito del “inicio” de la justicia restaurativa en ese acontecimiento, antes de caer en ese lugar y (aparente) consenso común y con el apoyo metodológico de las bases conceptuales de las epistemologías del sur,¹¹² quisiera plantear:

“Las reflexiones sobre las epistemologías del sur [...] basadas en la arquitectura del pensamiento crítico de Boaventura de Souza Santos sobre el pensamiento abismal, ayudan a comprender cómo las prácticas nativas han sido eliminadas de nuestros sistemas.”¹¹³

Para Boaventura de Souza Santos existe una línea que divide el mundo en dos lados, caracterizada por la imposibilidad de su convivencia, por la jerarquía y por la ausencia de diálogo entre el *norte* y el *sur global*. Como resistencia a este pensamiento abismal, el autor desarrolla las *epistemologías del sur* y propone un pensamiento *post–abismal*, activando la *sociología de las ausencias* y la *sociología de las emergencias*. Con *abismal* se refiere al pensamiento que promueve una ruptura, que crea líneas divisorias que hacen desaparecer el otro lado de la línea y que evita cualquier presencia conjunta en ambos lados de la línea; generando una ausencia de diálogo Norte–Sur y una relación jerárquica donde no hay horizontalidad. El *abismo* es, por lo tanto, un pensamiento que descalifica y deslegitima todo lo que no es central y hegemónico; todo lo que es distinto del *norte global*; todo lo que emana del *sur global*.¹¹⁴

¹¹⁰ Cfr. Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *op. cit.* p. 20.

¹¹¹ Cfr. Kemelmajer, Aída, “En búsqueda de la tercera vía. La llamada ‘Justicia Restaurativa’ o ‘Reparativa’, ‘Reintegrativa’ o ‘Restitutiva’” en *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Ramírez, Sergio (coordinador), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), México, 2005, p. 279.

¹¹² Cfr. Boaventura de Sousa, Santos, *Epistemologías del Sur*, Ediciones Akal, España, 2014.

¹¹³ Oliveira, Celia, “Justicia Restuarativa: las bases metodológicas”, en *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 26.

¹¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 27.

Así, el desarrollo de las epistemologías del sur se basa en tres premisas: la primera es que la comprensión del mundo es mucho más amplia que la comprensión occidental del mundo, lo que nos lleva a considerar que la transformación del mundo puede producir métodos, hasta ahora impensables en Occidente. El segundo es que la diversidad del mundo es infinita, al igual que las diferentes formas de pensar, sentir, *sentir-pensar*, *pensar-sentir*, actuar, sostiene que establecer relaciones entre seres humanos son infinitas. Esta inmensa diversidad termina siendo desperdiciada frente al conocimiento hegemónico que hace que todo lo demás sea invisible. Finalmente, la tercera premisa es que la inmensa diversidad antes mencionada, puede y debe ser activada, así como transformada teórica y prácticamente de muchas maneras plurales, no puede ser monopolizada por una teoría general.¹¹⁵

Dicho lo anterior, es muy difícil situar como un solo origen o un solo inicio de la(s) justicia(s) restaurativa(s), “[...] sería muy difícil determinar el momento o lugar exactos en los que se originó la justicia restaurativa [...]”¹¹⁶ pues en América Latina [por ejemplo] existen sistemas de justicia indígena que, aunque muchas veces han sido invisibilizados (histórica, cultural, jurídica, antropológica y académicamente), persisten y dan respuesta a la problemática social, por lo cual es necesario su reconocimiento y la visibilización de dichos sistemas, como precedentes necesarios a la justicia y práctica restaurativa.¹¹⁷

“Las formas tradicionales y autóctonas de justicia consideraban fundamentalmente que el delito era un daño que se hacía a las personas y que la justicia restablecía la armonía social ayudando a las víctimas, los delincuentes y las comunidades a cicatrizar las heridas. Los enfoques restaurativos ocupaban un lugar destacado en los códigos jurídicos de civilizaciones que habían sentado las bases de los modernos ordenamientos jurídicos. Los elementos restaurativos habían existido en los principales ordenamientos jurídicos de todo el mundo durante decenios y en algunos casos siglos.”¹¹⁸

A partir de este enfoque, podemos decir que

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 27.

¹¹⁶ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, “Justicia Restaurativa: Informe del Secretario General”, (7 de enero de 2002), disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_11/E-CN15-2002-05-Add1/E-CN15-2002-5-Add1_S.pdf p. 5.

¹¹⁷ Cfr. Pividori, Ariel (coordinador), *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 4.

¹¹⁸ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, *op. cit.* p. 5.

“[...] en los últimos años se habían evaluado nuevamente las relaciones entre los delincuentes, las víctimas y el Estado en casos de delitos penales y fue de esta reevaluación que habían nacido gran parte de los estudios contemporáneos sobre justicia restaurativa.”¹¹⁹

Con este planteamiento se problematiza el “inicio” al que normalmente los autores le atribuyen la génesis de la justicia restaurativa, y se propone una propuesta más integradora, idea que de hecho fue recogida por en el Informe del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa en donde se indicó que “sería muy difícil determinar el momento o lugar exactos en los que se originó la justicia restaurativa.”¹²⁰

De tal manera, que sin negar la importancia del suceso ocurrido en una comunidad menonita de Canadá, pero desde el reconocimiento de la pluralidad jurídica y las diferentes formas de acceder a la justicia y a partir de una ruptura epistemológica del monocultivo del conocimiento, el derecho y la justicia, se propone cuestionar la lógica de los ‘diálogos’ Norte–Sur y a partir de una lógica post-abismal que impone la coexistencia de lo hegemónico y de otros conocimientos existentes que han sido invisibilizados durante años, se identifican, se reconocen, se traducen y se incorporan otras prácticas sociales ya existentes.¹²¹ De esta manera, a raíz de la insatisfacción y la frustración con el sistema de justicia formal es que en varios países resurge la justicia restaurativa, no sólo para preservar y fortalecer las prácticas del derecho consuetudinario y las prácticas tradicionales de justicia, sino que resurgen para retomar las respuestas alternativas al delito y a los desórdenes sociales que se han planteado desde hace muchísimos años.¹²²

A manera de hacer un recorrido por algunas comunidades, pueblos y civilizaciones de los cuales se tiene conocimiento que implementaban prácticas restaurativas en la impartición de justicia, a continuación enunciamos algunos, no sin antes advertir, que la mayor parte de la doctrina en la materia se sitúa una vez más en el *norte-global*, de esta manera hay pocos teóricos que documenten por ejemplo las prácticas restaurativas que se llevan a cabo en comunidades indígenas de México, pues,

“Existe una frondosa literatura que da cuenta del origen y desarrollo de diferentes tipos de prácticas restaurativas en el mundo, especialmente en los pueblos originarios o indígenas,

¹¹⁹ *Idem*

¹²⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Nueva York, 2006), disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf, p. 5.

¹²¹ *Cfr.* Oliveira, Celia, *op.cit.* p. 28.

¹²² *Cfr.* Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Nueva York, 2006), disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

no siempre disponibles, ya que los contextos históricos, económicos, culturales y políticos muchas veces las han invisibilizado en razón de intereses poco comprensibles”¹²³

De esta forma,

“La restitución a la víctima como respuesta económica al hecho delictivo aparece en documento muy remotos: el Código de Hammurabi preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad; la Ley de las Doce Tablas preceptuaba que el ladrón condenado pagara el doble del valor del bien robado, tres veces el valor si el bien era encontrado en su casa y cuatro si había obstaculizado la persecución. En Inglaterra, en el año 600 d.C. el rey Kent, Etherber desarrollo un sistema detallado de baremos para la valuación del daño, etcétera.”¹²⁴

Sin embargo, en opinión de Beaudoin, juez de la Corte de Québec,

“[...] la idea central de la justicia restaurativa, como se la entiende hoy, ha sido tomada de la experiencia de los pueblos nómadas, más particularmente autóctonos, en los supuestos en que el infractor era un miembro del clan o alguien conocido por su comunidad; excluirlo era perjudicial para los intereses y la supervivencia del grupo; el modo de sanar la situación era, pues, obligar al infractor a reparar el mal causado y rehabilitarlo; de este modo, los lazos entre el autor del delito, la víctima y la comunidad quedaban restablecidos.”¹²⁵

En la misma línea, hay autores que sostienen que

“Culturalmente, podría decirse que [la justicia restaurativa] tiene sus orígenes en las culturas originarias de pueblos indígenas de África, Australia, Canadá, Norteamérica y Nueva Zelanda, entre otros. En estos contextos, la visión de la justicia restaurativa no es solo una respuesta reactiva ante el daño ya causado, sino una estrategia proactiva para fortalecer los lazos comunitarios y crear una cultura de interconexión donde todos los integrantes de la comunidad se apoyen y se sientan parte importante de la misma.”¹²⁶

De esta manera,

¹²³ Avilés, Eleonora, “Prácticas restauradoras en situaciones de violencia de género”, en *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 198.

¹²⁴ Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 278.

¹²⁵ *Idem*

¹²⁶ Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *op. cit.* p. 20.

“En realidad, la justicia restaurativa existe desde hace muchos siglos en pueblos de diversas culturas. Aunque con otro nombre, estas tradiciones vivían en Canadá, Nueva Zelanda y en otros países donde el fenómeno, pese al monopolio estatal de justicia, sigue funcionando.”¹²⁷

En ese sentido, por ejemplo,

“De acuerdo con Fania Davis, el sistema de justicia indígena africano prioriza la sanación de la persona afectada luego de un conflicto. De esta forma, la persona responsable del daño generado, y muchas veces su familia, es interpelada para ofrecer una disculpa, compensación y reparación a la persona afectada y su comunidad. Para las culturas indígenas africanas, el sistema de justicia es una oportunidad para enseñar, enfatizar los valores comunitarios y reafirmar el sentido de interconexión que tenemos todas las personas. Las ofensas o los delitos se entienden como la ruptura o quiebre de los vínculos sociales, por lo que la justicia es una oportunidad para repararlos y fortalecer de nuevo los vínculos comunitarios a fin de mantener la armonía social (Davis 2017: 28).¹²⁸

Dentro de esta concepción del delito, subyace una premisa básica acerca de la naturaleza de la sociedad: todos estamos interconectados.

“En hebreo existe la palabra ‘shalom’ (vivir en total rectitud con el prójimo, con Dios y la naturaleza). Los indígenas maoríes de Nueva Zelanda usan la palabra ‘whakapapa’, para los pueblos indígenas navajos la palabra utilizada es ‘hozho’ y para los pueblos mayas ‘in laK’ ech’, que significa la pertenencia y relación en la comunidad: ‘yo no existo sin ti y tú no existes sin mí. Por lo tanto, existimos a partir del nosotros’ (Zehr 1990: 26).

En esta cosmovisión indígena, el delito o la ofensa supone una ruptura en la red de relaciones. Así, los efectos del delito se expanden como una onda trastocando toda la red de relaciones, además de ser síntoma de que algo se ha desestabilizado en la red. Por ello las relaciones sociales implican obligaciones y responsabilidades mutuas, incluyendo a la comunidad.”¹²⁹

De tal importancia es esta concepción sobre la vida en común interconectada que es retomada también por Zher en *El pequeño libro de la justicia restaurativa* en donde estipula

“En la base de la justicia restaurativa, subyace el concepto de la interdependencia mencionado anteriormente. Todos estamos entrelazados los unos con los otros y con el resto del mundo a través de una red de realciones. Si esta red se rompe, todos sentimos el efecto.

¹²⁷ Kemelmajer, Aída, *op. cit.*, p. 279.

¹²⁸ Pividori, Ariel (coordinador), *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina.

¹²⁹ Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *op. cit.*, p. 23.

Los elementos principales de la justicia restaurativa -daños y necesidades, obligaciones y participación- derivan de esta visión. Pero esta valoración de nuestra interdependencia debe contrapesarse con un reconocimiento de nuestras particularidades. Aun cuando estemos conectados, no somos idénticos. La particularidades permite apreciar la diversidad. Respeta la individualidad y el valor de cada persona. Toma en cuenta los contextos y situaciones específicos. La justicia debe reconocer tanto nuestras interconexiones como nuestras individualidad. El valor de la particularidad nos recuerda la importancia que tienen tanto el contexto como la cultura y la personalidad.”¹³⁰

Así como “shalom”, “whakapapa”, “hozho” y “in lak’ ech” para la cosmovisión indígena de algunos otros pueblos de América Latina existe también el concepto del “Buen Vivir,” como aquél que

“[...] entiende al hombre como un microcosmos inserto en un macrocosmos que lo afecta permanentemente y dentro del cual debe buscar su equilibrio. Cuando ese equilibrio es vulnerado, se rompe la paz social y entonces toda la comunidad se pone a trabajar para recuperarla y lo hace restaurando los vínculos, reparando los daños y comprometiéndose colectivamente en apoyar a sus miembros.”¹³¹

Sobre la idea del “buen vivir”, los jmeltsa’anwanej “arregladores de conflictos”, en Bajachón, Chiapas, por ejemplo, forman parte del sistema jurídico tzeltal que se basa en la “armonía y la alegría del corazón, elementos para el bien vivir.”¹³²

También cabe destacar la influencia que la religión ha tenido en el desarrollo de la justicia restaurativa, Howard Zehr, por ejemplo, a quien se le considera el padre de la justicia restaurativa occidentalizada además de pertenecer a una comunidad menonita, tenía fuerte inspiración en la religión católica, así “en algunos países [...] los procesos de justicia restaurativa se han iniciado bajo la inspiración de ideas religiosas; en otros, como en Noruega, la religión nunca ha intervenido, desarrollándose bajo concepciones absolutamente seculares.”¹³³

Con base en lo anterior, queda claro que

¹³⁰ Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Estados Unidos de América, Good Books, 2010, p. 43.

¹³¹ Pividori, Ariel (coordinador), *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 4.

¹³² Gasparello, Giovanna y Quintana, Jaime, *Raíces de nuestra justicia. Testimonios de Justicia Indígena e Intercultural*, Servicio Paz y Justicia (SERPAJ- México), Caminantes: Centro Studi e Documentazione Multimediale su Messico e América Latina, Instituto de Investigaciones Interdisciplinarias para la Transformación Social (III-TS) México, 2018, p. 43.

¹³³ Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 279.

“Reparados, restaurados los daños materiales e inmateriales [...] se abre una puerta hacia un futuro donde haya espacio para todos, sin exclusiones, sin estigmatizaciones, sin que ninguno de los integrantes del sistema sienta que no se lo escuchó, que no se atendieron sus necesidades, todos proyectando un futuro donde puedan decir ‘aquí cabemos todos’. Este sueño que muchos soñamos, tiene antecedentes en culturas no violentas donde cuando una persona comete una violación a la ley de la comunidad, no se la pena sino que se le hace ver el error, la desviación perjudicial para la comunidad, para la familia, para los afectados, y se procura la inmediata reparación y la responsabilización del ofensor, de manera que la comunidad entera se involucra en la sanación de la situación completa.”¹³⁴

Desde el punto de vista del “resurgimiento de la justicia restaurativa” o de la “justicia restaurativa occidentalizada” la autora y mediadora Celia María Oliveira habla de distintas “olas” de la justicia restaurativa, en las cuales a grandes rasgos podemos entender y agrupar su evolución, así la primera ola guardaba mucha relación con la mediación en materia penal, con programas de reconciliación víctima-victimario y el enfoque era sobre todo desde el punto de vista de las víctimas, desde su experiencia en un conflicto delictivo, sus dolencias, su resarcimiento, la atención a sus necesidades y el cumplimiento de los acuerdos. La segunda ola incluye a la familia y a la comunidad, a partir de la necesidad de comprender cómo funcionaban los sistemas y las causas que llevaban a alguien a hacer algo que causaba dolor y sufrimiento a otra persona, es decir desde el punto de vista del pensamiento sistémico. La tercera ola incorpora el desafío de comprender la justicia restaurativa como un modo de ser, estar y presentarse frente al mundo. Y finalmente la cuarta ola propone una conciencia profunda y nos invita a darnos cuenta de nuestra debilidades, nuestra independencia y nuestra conectividad.¹³⁵

De todo lo anterior, se puede concluir que aunque la(s) actual(es) descripción(es) del modelo de justicia restaurativa son de relativamente reciente elaboración, las ideas que la fundan vienen desde antiguo,¹³⁶ en ese sentido, se puede hablar de una pluralidad de orígenes distintos, de diferentes partes del mundo, algunos de origen religioso y otros de origen secular, que han recobrado fuerza en el debate público y en las legislaciones locales e internacionales a partir de la crisis del sistema de justicia penal retributivo y adversarial.

¹³⁴ Paillet, Marta, “Interpelando la naturaleza de lo Restaurativo. Aportes filosóficos y epistemológicos sobre el Campo Restaurativo y la Cultura de Paz” en *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 32.

¹³⁵ Cfr. Oliveira, Celia, *op. cit.* p. 26.

¹³⁶ Kemelmajer, Aída, *op. cit.*, p. 278.

2. Filosofía y epistemología de la justicia restaurativa

Estoy convencida y en ese sentido, esta tesis parte de esa premisa básica, hablar de la justicia restaurativa implica considerar y tomar una postura frente a la naturaleza humana. Por eso, comparto y me gusta la propuesta que hace Zehr de entender la justicia restaurativa como un enfoque, como un lente a partir del cual se mira el mundo. Zehr, que se desempeñó en la fotografía por muchos años dice “una de las lecciones que he aprendido es: qué tan profundo es el lente por el que miro, afecta la realidad que veo”¹³⁷ y continua

“El lente escogido determina en qué circunstancias puedo trabajar y cómo percibo lo que veo, si escojo un lente ‘lento’ con una pequeña apertura máxima, la imagen será débil y será difícil obtener fotografías de buena calidad con bajos niveles de luz.

La longitud del enfoque del lente también importa. Un objetivo de gran angular es altamente inclusivo. Incorpora dentro del marco una multitud de cosas, pero lo hace a costo de cierta distorsión. Los objetos que están más cerca se hacen más grandes, haciendo pequeños los objetos a la distancia. También, las formas de los objetos en las esquinas del cuadro se alteran. Los círculos se vuelven eclipses.

Un teleobjetivo es más selectivo. El alcance de su visión es más angosto, incorporando menos objetos dentro del marco. También ‘distorsiona’, pero de una manera diferente que el lente de ángulo amplio. Con un lente para la telefotografía, los objetos son más grandes pero la distancia se comprime. Los objetos parecen más cercanos a la cámara -y más cerca el uno del otro- de lo que están para el ojo humano.”¹³⁸

Dicho lo anterior y partiendo de esta analogía con la fotografía (la cual comparto en su totalidad), “el lente escogido, entonces, afecta lo que queda en la imagen [...] similarmente, el lente que utilizamos para examinar el crimen y la justicia, afecta lo que incluimos como variables pertinentes, la prioridad relativa que les damos y lo que consideramos como el resultado apropiado.”¹³⁹ De esta manera, mientras sigamos viendo el fenómeno delictivo a través del lente retributivo, seguiremos replicando las fallas que nos ha llevado a la crisis del sistema penal y como sostiene Zehr “la razón para tal fracaso, argumento yo, es el lente que escogemos: es decir, los supuestos que hacemos sobre el crimen y la justicia [...] para encontrar la salida del laberinto [...] tenemos que buscar nuevas formas de ver tanto el problema como la solución”¹⁴⁰ para ello el profesor Harris especialista en sentencias ha

¹³⁷ Zehr, Howard, *Cambiando de lente.. op. cit.* p. 172.

¹³⁸ *Idem*

¹³⁹ *Idem*

¹⁴⁰ *Ibidem*, 173.

recordado que “es un asunto de valores alternativos, no de tecnologías alternativas para el castigo.”¹⁴¹

En síntesis, y a partir filosofía y la epistemología del cual parte esta tesis, del lente con el que se mira la justicia y el castigo, el enfoque sí importa. “¿Cómo entendemos lo que pasó? ¿qué factores son pertinentes? ¿qué respuestas son posibles y apropiadas? El lente a través del cual observamos, determinará cómo enfocamos tanto el problema como la solución.”¹⁴²

Como lo indica Nussbaum,

“Los seres humanos somos capaces de poder vivir con y para los otros, reconocer y mostrar preocupación por otros seres humanos, ser capaces de imaginar la situación del otro y ser capaces de propender por la interacción social, componentes centrales en el proceso restaurativo, pues sustentados en esas capacidades, los seres humanos podemos resolver conflictos de una manera distinta a la postura tradicional centrada en la venganza y el sufrimiento. Por tanto, la idea de lo restaurativo implica una postura enfocada en la reafirmación de la dignidad humana y la consideración de que los seres humanos vivimos en un mundo en donde podemos cooperar con los demás.”¹⁴³

Así,

“Los valores y principios restaurativos invitan a pensar los vínculos, las relaciones, lo restaurativo se devela en la comprensión del otro, en tanto otro, en su diferencia y dignidad. En definitiva se trata de pensar qué modelo de sociedad queremos y qué relaciones personales fomentamos. Es necesario interpelarnos como ciudadanos activos sobre la sólida base en el ejercicio de los valores que promuevan la fraternidad, solidaridad, cooperación, democracia con acceso igualitario y dignidad humana, para propiciar los espacios —reales y simbólicos— en donde las necesidades que nos tensionan se vean satisfechas en aras a una cultura de paz.”¹⁴⁴

En el prólogo del libro *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, los autores Lamberto y Bauché enumeran una serie de principios que atraviesan nuestra postura sobre cómo entendemos al mundo, es decir, aquellos principios que se consideran elementales y a partir de los cuales podemos entender la postura de vida

¹⁴¹ *Idem*

¹⁴² *Ibidem*, p. 171

¹⁴³ Cfr. Díaz, Fernando, “Justicia Restaurativa: reflexión sobre su naturaleza”, *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 14.

¹⁴⁴ *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 5.

de la cual partimos para posicionarnos sobre la justicia restaurativa. Comparto sin orden específico de relevancia: participación activa de todos los sujetos afectados o posiblemente afectados en el conflicto o tema en cuestión y de todos los que puedan ser agentes colaboradores, de la comunidad; Reparación material y simbólica del daño u ofensa que conduzca a un camino de sanación e integración; Sanación, en su expresión mínima, buscando llevar la situación al estado anterior al hecho o circunstancia que generó el conflicto; y/o en su máxima expresión, generando un aprendizaje, un sentido que ayude a vivir mejor y a convivir en forma cordial y pacífica; Responsabilidad del autor y su pedido de disculpas; Reconciliación con las personas y con la comunidad; Compromiso comunitario para enfrentar integralmente el conflicto social y sus consecuencias; Opción por el diálogo donde “según Gavrielide poner a las personas cara a cara frente a sus miedos y prejuicios puede ayudar a disipar los mitos y estereotipos [...] desmontando la ‘otredad’ deshumanizada”¹⁴⁵; Apuesta por la verdad; Respuesta más a necesidades reales que a pretensiones expresadas; Mirada del ofendido y ofensor como protagonistas; Toma de conciencia del infractor u ofensor de su responsabilidad y necesidad de su reintegración social; Apuesta por la comunidad, por la generación de condiciones que mejoren la calidad de vida; Ejercicio de ternura.¹⁴⁶

En este sentido, me parece valioso entender que “resulta necesario destacar respecto a la ‘justicia restaurativa’ que es la forma de justicia que apunta a lo que tenemos de humanos”¹⁴⁷ y nunca la revés.

Así, la tarea desde esta perspectiva ética no es ratificar lo encontrado, lo establecido, lo dado, lo heredado, lo transmitido, sino más bien contradecirlo, desmentirlo, cuestionarlo, negarlo, transgredirlo. Establecer una relación ética es ser deferente con el otro, aceptando su diferencia y acogiéndolo. Este principio ético constituye uno de los pilares restaurativos en la resolución de los conflictos delictivos desde esta perspectiva, pues busca que el victimario u ofensor responda por el daño cometido, partiendo de su capacidad para reparar lo que ha dañado, para aliviar el sufrimiento producido y para restablecer la relación que se ha roto por el hecho inválido.¹⁴⁸

En ese sentido, y concuerdo con ello, algunos autores hablan de que la justicia restaurativa es una respuesta *evolucionada* a los conflictos sociales y al fenómeno delictivo, en este orden

¹⁴⁵ Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁶ Cfr. *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 7.

¹⁴⁷ *Idem*

¹⁴⁸ Cfr. Pividori, Ariel (coordinador), *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p.32.

de ideas, en la Primera Conferencia Internacional para la implementación del Acuerdo de Paz en Colombia, el ex presidente uruguayo Mújica dijo: “el ser humano no ha podido salir de la prehistoria, ya que aún no pudo salir de la lógica de la guerra.”¹⁴⁹ De esta manera, Harari sostiene que:

“[...] las capacidades humanas han aumentado a lo largo de la historia de la humanidad y puesto que la humanidad ha puesto sus esfuerzos para aliviar los sufrimientos y realizar sus aspiraciones hacia el progreso constante. Un signo de este progreso y de las capacidades humanas para aliviar el dolor que generan los conflictos humanos es sin duda la perspectiva restaurativa, pues nos hace más dignos y capaces de resolver los problemas humanos de una manera más acertada y menos vengativa y sancionatoria.”

Relacionado con lo anterior, el criminólogo noruego Nils Christie establece:

“Durante algunos años, el moralismo dentro de nuestro campo ha sido una actitud, o incluso, un término que se asocia con los defensores de la ley y el orden y de las severas sanciones penales, mientras que a sus oponentes se les ve como flotando en una especie de vacío carente de valores. Dejemos por lo tanto completamente claro que yo también soy un moralista. Peor aún: soy un imperialista moral. Una de mis premisas básicas será que se debe luchar para que se reduzca en el mundo el dolor infligido por el hombre. Puedo ver muy bien las objeciones a esta posición: me dirán que el dolor hace crecer a la gente; que la hace más madura, la hace nacer de nuevo, tener un discernimiento más profundo, experimentar más gozo si se desvanece el dolor, y según algunos sistemas de creencias, acercarse más a Dios o al cielo. Algunos de nosotros quizá hayamos experimentado algunos de estos beneficios. Pero también hemos experimentado lo contrario: el dolor que detiene el crecimiento, el dolor que atrasa, el dolor que hace perversas a las personas. De cualquier manera, no puedo imaginarme en situación en que yo me esforzara por hacer que aumentara en el mundo el dolor infligido por el hombre. Tampoco puedo ver ninguna buena razón para creer que el nivel reciente de imposición de dolor sea correcto y natural. Además, puesto que el asunto es importante y me veo obligado a elegir, no veo otra posición defendible que la de luchar para que disminuya el dolor.”¹⁵⁰

La fundamentación filosófica y teórica de la postura restaurativa se centra pues,

“[...] en sostener que más que la aplicación de castigos crueles, prisión o pena de muerte, lo que se requiere para alcanzar un orden social y un entorno más seguro es partir de las necesidades de las víctimas [...] y en la asunción de responsabilidad individual y social de los

¹⁴⁹ Avilés, Eleonora, “Prácticas restauradoras en situaciones de violencia de género”, en *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 199.

¹⁵⁰ Christie, Nils, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2001, p. 13.

infractores, abordar los conflictos sociales de una manera menos vengativa, más sanadora y reconstructora del tejido social afectado.”¹⁵¹

El sistema de justicia penal tradicional, particularmente se ha caracterizado por tener estructuras rígidas con pocas posibilidades de contemplar las necesidades de las personas involucradas en un conflicto o delito. Desde su concepción tradicional los procesos penales generalmente solo suelen ofrecer dos alternativas: la impunidad o el castigo vengativo, siempre en el marco de una lógica binaria. Normalmente estas respuestas magras resultan poco satisfactorias, con poca resolución real para los afectados, contrario a lo anterior, la filosofía que sustenta la justicia restaurativa, pasa por salir por completo de esa lógica hegemónica.¹⁵²

“Ante el daño y la pérdida, las formas de avanzar con el dolor dependen de una decisión que Sudáfrica comprendió: dañar aún más y perpetrar la violencia, o sanar y restaurar las relaciones. El ciclo del perdón y el ciclo de la venganza nos llevan a caminos antagónicos, siendo la venganza cíclica y espiralada; a diferencia del perdón entendido como camino.

Desmond Tutu [quien fuera luego declarado premio nobel de la paz] entendiendo el valor del perdón y la reconciliación de todos como seres imperfectos, planteó un modelo de Justicia Restaurativa para Sudáfrica basado en que fuimos hechos para existir en una delicada red de interdependencias; si lastimamos o somos lastimados es a través del perdón que reparamos el tejido social: ‘El perdón es en última instancia una decisión por tomar, y la capacidad de perdonar procede del reconocimiento de que todos somos imperfectos y humanos. Todos hemos cometido errores y perjudicado a otros. Y volveremos a hacerlo.’”¹⁵³

La justicia restaurativa busca aliviar el sufrimiento, reparar lo dañado y reconstruir los vínculos, persigue otro fin último más allá de declarar culpables o inocentes, la justicia restaurativa está compuesta de actos humanos sinceros, empáticos, complejizados y verdaderos. Muy distinto al enfoque de la justicia tradicional hegemónica que para evitar a toda costa ser castigados, prioriza desde los abogados que acompañan la mentira o la verdad administrada en función de la conveniencia del enfrentamiento a las consecuencias del acto delictivo, nunca en función a la sanación del vínculo dañado o de lo perjudicial del acto. La justicia restaurativa contempla la verdad como una precondition para que se pueda llevar un proceso restaurativo, de esta forma,

¹⁵¹ Díaz, Fernando *op. cit.* p. 14.

¹⁵² Avilés, Eleonora *op. cit.* p. 199.

¹⁵³ *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Defensoría del Pueblo, Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, 2021, p. 6.

“Verdad que no se ajusta al presupuesto jurídico de la verdad material o jurídica, es la verdad de lo sentido, de lo vivenciado, de lo padecido, de lo acontecido. Es un encuentro emocional y también racional. Como dice D. Golemán (1996), somos seres emocionales capaces de razonar. Igualmente Pinker (2018), señala que no somos tabula rasa y que muchos de nuestros comportamientos son expresiones de la estructura biológica que nos caracteriza como humanos emocionales que más que racionales somos sobretodo irracionales.”¹⁵⁴

Así,

“La Antigua Sabiduría nos enseñó que debe haber verdad en nuestro pensar, belleza en nuestro decir y bondad en nuestro hacer. La práctica de estos ancestrales principios hoy se denomina coherencia, la cual se manifiesta cuando lo que pensamos, decimos y hacemos está guiado por un hilo conductor que es la búsqueda del bien común.”¹⁵⁵

Para terminar, Zehr establece tres preguntas fundamentales que enmarcan la justicia penal retributiva y la restaurativa y en cuya diferencia se encuentra la base fundamental para solucionar de distinta forma las controversias y allegarse de información. Mientras la justicia retributiva pregunta: ¿qué leyes se violaron? ¿quién lo hizo? ¿qué castigo merece?, la justicia restaurativa se pregunta ¿quién resultó herido o ha sido dañado? ¿cuáles son sus necesidades? ¿cuáles son y de quién las obligaciones generadas? ¹⁵⁶

3. Concepto y características

3.1. Debate sobre la terminología

Se podría decir que existen tantos conceptos de justicia restaurativa como autores hay en la materia, sobre todo entendiendo que es un concepto que, como hemos visto en los apartados anteriores, ha resurgido y retomado fuerza en la segunda mitad del siglo pasado de manera más preponderante a nivel estatal. Sumando esta característica de reciente disputa, identificando las resistencias que perduran en el mundo jurídico para su incorporación y reconociendo la naturaleza misma de la variedad de conceptos que en general se establecen en la academia, como en otros casos, es difícil establecer un concepto finito sobre la justicia restaurativa. Sin embargo, sí existen esfuerzos importantes por llegar a un consenso sobre su definición, además hay autores que han planteado diferentes importantes concepciones y también se han generado acuerdos en torno a características mínimas comunes que sirven para identificar qué sí es justicia restaurativa y qué no lo es.

¹⁵⁴ Díaz, Fernando *op. cit.* p. 17.

¹⁵⁵ *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Defensoría del Pueblo, Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, 2021, p. 7.

¹⁵⁶ Zehr, Howard, *El pequeño libro.. op. cit.*, p. 11.

A continuación enunciaré algunos de los conceptos que me parecen más paradigmáticos de la justicia restaurativa con los elementos centrales que se plantean en las distintas definiciones, así como con los que esta tesis comulga por los elementos que incorpora en su definición y por las características comunes y relevantes para comprender los conceptos, no sin antes advertir que seguramente dejaré afuera algunos valiosos conceptos, sin embargo, por la característica de este trabajo, no pretenderé abarcar todos, ni mucho menos.

Lo primero que hay que decir es que, como afirman Dognan y Cavadino¹⁵⁷

“[...] la forma precisa del nuevo paradigma es todavía oscura; en la teoría y en la práctica el debate se caracteriza por una gran confusión *terminológica* y *conceptual*, reflejada muy gráficamente por la gran cantidad de términos que se proponen: justicia positiva, pacificadora, relacional, reparativa, restauradora, comunitaria. Junto a esos adjetivadores, aparecen los sustantivos: restitución, reconciliación, restauración, recomposición, reparación, expiación, indemnización, servicios comunitarios, mediación, etcétera.”

De tal manera, que según como sostiene Kemelmajer

“Algunos autores se inclinan por los adjetivos ‘conciliativa’ o ‘conciliadora’, el inconveniente de esta terminología es que deja fuera ciertos programas que son parte del movimiento en los que, en definitiva, no se llega a una estricta conciliación. Otros hablan de justicia ‘transformadora’ palabra demasiado genérica y, consecuentemente, poco expresiva del fenómeno que se quiere describir. Muchos prefieren los calificativos ‘reparativa’, ‘reparadora’, ‘restitutiva’ o ‘reintegrativa’, estas adjetivaciones son muy expresivas, pero tienen el inconveniente de mirar casi exclusivamente a la víctima, atender sólo los vínculos ofensor-víctima y excluir a la comunidad. La calificación ‘restauradora’ o ‘restaurativa’ (*restaurative* en inglés y francés), en cambio, parece más cercana al justo medio, desde que comprende a la víctima, al autor e, incluso a la comunidad.”¹⁵⁸

Es por ello que las expresiones ‘*Restaurative Justice*’ en inglés y ‘*Justice Restorative*’ en francés, promovidas en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 ganaron impulso frente a otras denominaciones como: Justicia Positiva, Pacificadora, Temporal, Transformadora, Comunitaria, Conciliativa, Conciliadora, Reparativa, Reparadora,

¹⁵⁷ Miers, David, an *International Review of Restorative Justice*, Londres, 2001, p. 88 en Kemelmajer, Aída, “En búsqueda de la tercera vía. La llamada ‘Justicia Restaurativa’ o ‘Reparativa’, ‘Reintegrativa’ o ‘Restitutiva’” en *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Ramírez, Sergio (coordinador), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), México, 2005, p. 271.

¹⁵⁸ Kemelmajer, Aída, “En búsqueda de la tercera vía. La llamada ‘Justicia Restaurativa’ o ‘Reparativa’, ‘Reintegrativa’ o ‘Restitutiva’” en *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Ramírez, Sergio (coordinador), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), México, 2005

Restitutiva, Reintegradora, Reintegrativa.¹⁵⁹ De tal manera, según lo dicho en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest en 1993 y luego sostenido a través de las Conferencias realizadas en Adelaida (Australia), Ámsterdam (Holanda) y Montreal (Canadá),

“[...] la expresión ‘justicia restaurativa’ o ‘justicia restauradora’ se considera más conveniente pues este paradigma busca responder al delito, de una manera más constructiva, partiendo de la tesis que es necesario el reconocimiento de las víctimas y sus derechos, de una solución basada en la reparación del daño y no en la venganza, sino en las necesidades de las partes y la construcción de un estado de paz

Como vemos, a pesar del debate que no sólo es vigente respecto a la definición del concepto de “justicia restaurativa”, sino incluso del propio término, es cierto que existe un consenso general tanto en la doctrina como en los instrumentos internacionales y locales de la materia de que el adjetivo que acompaña a este nuevo paradigma es “restaurativa”, “justicia restaurativa”, así que sobre este adjetivo haré una pequeña pausa para entender etimológicamente de donde viene la palabra “restaurar” y cual es el significado de raíz que se le otorga.

“Restauración se traduce al hebreo como *leshajzer*, cuyas raíces son *shiba*, que significa ‘devolver’, y *lorapé*, que significa ‘curar’, que se repite significativamente a lo largo del Antiguo Testamento. En el Nuevo Testamento, *kataritzo*, que proviene del griego, significa ‘restaurar’. De la importancia de este concepto da cuenta el movimiento mundial de construcción de paz, denominado *Katartismós*, cuya traducción al castellano es ‘perfeccionar’. De hecho, en la actualidad, *Katartizo* es un movimiento cristiano que promueve la justicia restaurativa en todos los ámbitos, siempre con la concepción de purificación y retorno a Dios, lo que significa la restauración plena de la persona. En el Nuevo Testamento, *Katartizo* se utiliza como sinónimo de perfección, de pacificar una ciudad que está dividida o fraccionada, del colocar el miembro de un cuerpo en su lugar, de armar un todo orgánico, de reparar, de remendar redes, de completar, de transformar y de construir el universo.”¹⁶⁰

De esta manera, restaurar no significa solo reparar. En el marco de la filosofía moral y la religión, significa entonces además

¹⁵⁹ Cfr. Saucedo, José Benito; Zaragoza, José, “Justicia Restaurativa: del castigo a la reparación” en *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo*, Campos, Fernando, Cienfuegos, David (coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 640

¹⁶⁰ Pesqueira, Jorge, *Pedagogía para la construcción de una Cultura de Paz y Justicia. Desafío de nuestro tiempo*, en “”, en *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 44.

“[...] volver la situación o condición a su momento original; es decir, es un proceso de sanación que nos permite remontarnos a las circunstancias en que nos encontrábamos antes de que surgiera el suceso que nos dañó, nos lastimó o hirió, así como también nos permite retornar, dentro de nosotros mismos, a una condición original cuando fuimos quienes la provocamos.”¹⁶¹

Desde la perspectiva religiosa y reconociendo la influencia que ha tenido en la justicia restaurativa,

“Cuando, en el cristianismo, se habla de restauración, se refieren a la relación fracturada con Dios. Es así como se afirma que las causas de la miseria humana han sido los trastornos en las relaciones con el Creador. Es por esta razón que sostienen que la salvación se alcanza con la restauración de los vínculos con Dios; es decir, se perdona todo el daño infligido y se vuelve a una nueva realidad en la que el pasado deja de ser carga, para convertirse en experiencias que carecen del poder para generar dolor, porque la sanación ha sido plena.”¹⁶²

Por su parte, Braithwaite, otro de los más grandes sostenedores de este movimiento ha dado a la expresión “restaurar” un alcance mucho más extenso.

“Afirma que se está ante un proceso restarativo toda vez que se da a los afectados la oportunidad de decir su historia, sus consecuencias y sus necesidades para intentar poner las cosas en el lugar correcto, y siempre que esa oportunidad aparezca dentro del marco de los valores que incluyen la necesidad de curar las heridas. Por eso, la justicia restaurativa no versa sólo sobre el delito, si no sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible. No es sólo una respuesta al problema de la delincuencia; se trata de una filosofía integral (*a ho listic philosophy*); es un modo de construir un sentido de comunidad a través de la creación de relaciones no violentas en la sociedad. Desde una perspectiva republicana, dice, restaurar a las víctimas puede significar: restaurar la propiedad perdida, la lesión inferida, el sentido de seguridad, la dignidad, las relaciones humanas, el ambiente, la libertad, la compasión, la paz, la libre determinación, el sentido de los deberes como ciudadano, la democracia deliberativa, la armonía basada en los sentimientos de que se hizo justicia, etcétera. Esta diversidad de “restauraciones”, lejos de debilitar, refuerza el nuevo movimiento, pues, en definitiva, implica restaurar a las víctimas, a los ofensores y a la sociedad.”¹⁶³

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 42

¹⁶² *Ibidem*, p. 43.

¹⁶³ Braithwaite, John, *Crime and Justice*, University of Chicago, 1999 en Kemelmajer, Aída, “En búsqueda de la tercera vía. La llamada ‘Justicia Restaurativa’ o ‘Reparativa’, ‘Reintegrativa’ o ‘Restitutiva’” en *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Ramírez, Sergio (coordinador), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), México, 2005, p. 273.

3.2. Algunas definiciones

Como ya se ha mencionado “el concepto de justicia restaurativa es complicado de establecer, por cuando su puesta en la práctica depende de cada lugar y de cómo es su forma de entenderla”¹⁶⁴, es decir “no podemos exportar un modelo puro, sino que deberíamos adaptarlo a las características del lugar donde la vamos a poner en práctica y, sobre todo, tener en cuenta que cada caso será diferente a otro y [entonces] valorar cuál será el proceso restaurativo más eficaz y sanador para las víctimas e infractor.”¹⁶⁵

En la primera edición del *Manual de Programas de Justicia Restaurativa* de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC por sus siglas en inglés), se establece que

“La justicia restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera precisa el concepto en diversos países, en los cuales a menudo se usa una gran variedad e términos.”¹⁶⁶

En el mismo sentido, igualmente el documento de la ONU define que

“Los programas de ‘justicia restaurativa’ son cualquier programa que usa procesos restaurativos y busca lograr resultados restaurativos, en tanto un proceso restaurativo es cualquier proceso en el que la víctima, el delincuente y cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador.”¹⁶⁷

El Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas (IIRP) distingue la *justicia restaurativa* de las *prácticas restaurativas*. Según su fundador, Ted Wachtel

“[...] empezamos a usar el término ‘prácticas restaurativas’ porque nos percatamos de que la justicia es solo una de las muchas áreas de la actividad humana que puede beneficiarse del

¹⁶⁴ Domingo, Virginia, “Aproximación a la justicia restaurativa”, disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/eciejur/eciejur_a2017n1/eciejur_a2017n1a3.pdf, (última vez consultado mayo 2023), p. 1.

¹⁶⁵ *Idem*

¹⁶⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Nueva York, 2006), disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf, p. 6.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 7.

enfoque restaurativo. También es relevante para la educación, la crianza de los hijos, el liderazgo organizacional, el trabajo social, la psicología, la consejería, y todo aquello que involucre el manejo y motivación de seres humanos y la necesidad de establecer la disciplina social [...] Comenzamos a pensar en términos de prácticas restaurativas proactivas y reactivas ya que se pueden usar no solo para reaccionar ante un mal comportamiento, sino también antes de que ocurra cualquier mal comportamiento pues su uso refuerza lazos emocionales y construye relaciones”¹⁶⁸

Por su parte, en el preámbulo de los *Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal* Naciones Unidas estableció que la justicia restaurativa es una “respuesta evolucionada al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social a través de la sanación de víctimas, infractores y comunidad.”¹⁶⁹

En la segunda edición del *Manual de Programas de Justicia Restaurativa* de la UNODC se ofrece esta definición de la justicia restaurativa

“Es una respuesta flexible, participativa, enfocada en la resolución de problemas para responder a la conducta criminal, que ofrece una respuesta complementaria o alternativa a la justicia. Puede mejorar el acceso a la justicia, especialmente para víctimas del delito y poblaciones marginalizadas o vulnerabilizadas, incluso en contextos de justicia transicional.”¹⁷⁰

El artículo 1 de la Resolución No. 224 de 31 de mayo de 2016 emitida por el Consejo Nacional de Justicia en Brasil se convirtió en una referencia sobre el tema, establece que la justicia restaurativa

“[...] se constituye como un conjunto ordenado y sistémico de principios, métodos, técnicas y actividades propias, cuyo objetivo es crear conciencia sobre los factores relacionales, institucionales y sociales que motivan el conflicto y la violencia, y a través de qué conflictos que generan daños, concretos o abstractos, se resuelven de manera estructurada [...]”¹⁷¹

¹⁶⁸ Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *op. cit.* p. 29.

¹⁶⁹ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia retributiva en materia penal*, 12/2012.

¹⁷⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Nueva York, 2006), disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

¹⁷¹ Oliveira, Celia, *op. cit.* p. 26.

En la publicación *Justicia restaurativa en casos de odio y discriminación* del Institut de Drets Humans de Catalunya y SOS Racisme Catalunya se sostiene una definición la cual comparto y determina que

“La Justicia Restaurativa es una filosofía inspirada en movimientos sociales no violentos que han impulsado alternativas a la solución de conflictos sociales, más allá de la prisión o el castigo a la persona responsable.

Como marco conceptual, la justicia restaurativa busca replantear la forma en que convencionalmente pensamos sobre los conflictos interpersonales y la justicia; lejos de la preocupación tradicional sobre el incumplimiento de las leyes, la culpa y el castigo, se centra en el daño causado, las necesidades creadas y las obligaciones que se generan a partir de eso.”¹⁷²

Zehr por su otro lado, se pregunta ¿cómo debe definirse la justicia restaurativa? Y reconociendo que aún cuando hay consenso sobre sus lineamientos básicos no se ha logrado acuerdo en torno a una definición específica, propone una “definición operativa” con mínimos comunes, establece que:

“La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.”¹⁷³

En torno al concepto de la justicia restaurativa también existe un dilema con respecto a su definición, como ya vimos hay autores e instrumentos que la definen como “movimiento”, hay otros que hablan de ella como “prácticas”, como “filosofía”, como “teoría jurídico-filosófica”, “proceso” o “enfoque”.

En términos de justicia restaurativa como *movimiento* se rescata la siguiente definición que define “la justicia restaurativa es un nuevo movimiento que pretende reconocer que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se insiste en que la justicia debe abogar por reparar esos daños y que a las partes se les debe permitir participar en ese proceso.”¹⁷⁴

¹⁷² Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *op. cit.* p. 20.

¹⁷³ Zehr, Howard, *El pequeño libro...*, *op. cit.* p. 45.

¹⁷⁴ Díaz, Fernando, *op. cit.*, p. 17.

En términos de entender la justicia restaurativa como teoría se rescata la siguiente definición que establece

“La justicia restaurativa es una teoría de la justicia que busca poner énfasis en la reparación del daño causado por una conducta delictiva, busca superar la lógica del ‘castigo’ o la justicia basada ‘en el dolor’, proponiendo que las partes pueden llegar a una solución dependiendo de la gravedad del delito. Contempla al delito de un modo distinto al de la justicia retributiva, enaltecida en el sistema justicia.”¹⁷⁵

En el grupo de las definiciones que encuentran a la justicia restaurativa como una propuesta “evolucionada” o “constructiva” encontramos las siguientes que comparto en su totalidad: “se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional”¹⁷⁶ o la que establece:

“[La justicia restaurativa] representa una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de sanación de las víctimas, los ofensores y la comunidad. Dicha respuesta se basa en virtudes como: sensibilidad, apertura, confianza, esperanza y sanación.”¹⁷⁷

Sobre la anterior definición, Virginia Domingo incorpora en su concepción sobre la justicia restaurativa la idea de “humanización” con lo cual coincido en su totalidad y me parece lo de más acertado:

“La Justicia Restaurativa debería concebirse como lo hace las Naciones Unidas, como una filosofía o paradigma de justicia que fomenta una humanización de la justicia penal ¿cómo? Básicamente, considerando cada caso, no como un mero expediente sino pensando que detrás hay personas que sufren y necesitan apoyo y atención: las víctimas, de la misma forma fomentando la responsabilización de los infractores y un castigo constructivo que los ayude a no reincidir.”¹⁷⁸

¹⁷⁵ Saucedo, José Benito; Zaragoza, José *op. cit.* p. 640.

¹⁷⁶ Avilés, Eleonora, “Prácticas restauradoras en situaciones de violencia de género”, en *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 199.

¹⁷⁷ Domingo, Virginia, “Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la teoría a la práctica.” Lex Nova, Ed. Lex Nova Madrid, 2008, Número 23, p. 33-68.

¹⁷⁸ Domingo, Virginia, “Aproximación a la justicia restaurativa”, disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/eciejur/eciejur_a2017n1/eciejur_a2017n1a3.pdf, (última vez consultado mayo 2023), p. 3.

En la Primera Conferencia Internacional del acuerdo de Paz en Colombia se definió la justicia restaurativa como “una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad de cada persona, construye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de las víctimas, infractores y comunidad.”¹⁷⁹

En resumen, establece Kemelmajer “se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional.”¹⁸⁰

Por último, decir que con la fuerte y clara influencia del movimiento de víctimas en la justicia restaurativa, aunque algunas más equilibradas, es evidente la gran carga que tiene en la mayoría de las definiciones el enfoque unilateral del punto de vista de las víctimas como uno de los actores involucrados los conflictos delictivos. En este sentido, en esta tesis cualquier definición que no incluya en su conceptualización a los victimarios u ofensores, es una definición incompleta de la justicia restaurativa, es por eso que la definición de la justicia restaurativa que propone Claudia Alarcón como “un proceso de entendimiento”¹⁸¹, es sin duda, aunque corta, la definición con la que más coincido, es profunda, clara y considero resume de manera magistral todos los elementos que conforma la justicia restaurativa. Así, sostiene la autora “[...] la justicia restaurativa intracarcelaria adquiere forma de proceso restaurativo centrado en la persona y su trayectoria de vida antes de llegar a prisión. Un proceso de entendimiento con fines restaurativos”¹⁸² y la forma en la que ella propone (que veremos más adelante) de “articular la relación entre violencia y conflicto es la base de entendimiento de los procesos restaurativos intracarcelarios.”¹⁸³

3.3. Características

Ahora bien, como se ha mencionado, aunque la definición conceptual de la justicia restaurativa sigue siendo un debate abierto y hay una variedad de definiciones con más o menos consenso, algunos autores han hecho también un esfuerzo por definir a partir de características comunes mínimas qué sí es y qué no es la justicia restaurativa, dado que “en un plano más fundamental, la filosofía y los principios básicos tenían muchos factores comunes. Esos principios básicos y las aplicaciones prácticas que se derivaban de ellos ya

¹⁷⁹ Avilés, Eleonora, *op. cit.*, p. 179.

¹⁸⁰ *Idem*

¹⁸¹ *Cfr.* Alarcón, Claudia, *Construcción emocional en los espacios carcelarios: una aproximación restaurativa al conflicto y la violencia entre los jóvenes*, [Disertación doctoral inédita], Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2023.

¹⁸² *Idem*

¹⁸³ *Cfr. Idem*

existían en muchos sistemas nacionales de justicia penal [...]”¹⁸⁴ En este sentido, por ejemplo, Kemelmajer establece que la filosofía de la justicia restaurativa se puede resumir en las tres R’s:

“Pese a las discrepancias terminológicas, habría algo común a todos los usos de la expresión ‘justicia restauradora’ o ‘justicia restaurativa’, fórmula, como se ha dicho, ‘convenientemente corta’: se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo o rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres ‘R’: *responsability, restoration and reintegration* (responsabilidad, restauración y reintegración).”¹⁸⁵

Susan Sharpe, autora canadiense, ha propuesto cinco principios claves (*key principles*)¹⁸⁶ para ayudar a entender algunas de las definiciones. En su opinión, la justicia restaurativa:

1. Invita a la *participación* y al *consenso* de todos; la víctima y el ofensor tienen participación pero también le abren las puertas a otras personas involucradas (por ejemplo, los vecinos dañados indirectamente por el ilícito).
2. Pretende *curar lo dañado*, lo roto. La primera pregunta a contestar es: ¿qué necesita la víctima para curar, para recuperar el sentido de seguridad? La respuesta es: primariamente, la víctima necesita información y expresar su angustia.
3. Persigue *alcanzar una responsabilidad completa y directa*. El infractor debe reconocer lo que hizo mal, pero además debe intentar repararlo. Explicar su conducta a la víctima y a la sociedad es dar el primer paso para la reparación.
4. Busca *reunir -o al menos acercar- lo que el ilícito dividió; la reconciliación de la víctima con el ofensor, y de ambos con la comunidad*. El rol de víctima y de ofensor no debe perdurar; por el contrario, sólo debe ser temporal porque concluirá a través de la reparación.
5. Persigue *estrechar las fuerzas de la comunidad para evitar nuevos ilícitos*. El delito causa daño, pero también revela injusticias anteriores (por ejemplo, un sistema económico o racialmente injusto). Las fuerzas de la comunidad deben unirse, pues, para disminuir las causas del ilícito.

En esta misma línea, el Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa de la ONU sobre el concepto de Justicia Restaurativa

¹⁸⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Idem*, p. 7

¹⁸⁵ Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 273

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 278.

“[...] opinó que los principios de justicia restaurativa constituían la base de los sistemas de justicia penal vigentes en la mayoría de los países del mundo, si no en todos ellos, y una de las conclusiones del debate fue que determinados elementos de la moderna justicia restaurativa se habían contemplado o aplicado hasta cierto punto en todos los países y regiones.”¹⁸⁷

Por su lado el *Manual de programas de justicia restaurativa* de la UNODC¹⁸⁸ referido antes, también destaca los siguientes elementos en común de las definiciones propuestas sobre justicia restaurativa, a modo de resumen, destacan:

- El foco en el daño causado por la conducta delictiva;
- La participación voluntaria de quien más afectado/a se ha visto por el daño, incluyendo a la víctima, al ofensor, y en algunos procesos y prácticas, personas de apoyo, familiares, miembros de la comunidad de interés y profesionales adecuados;
- La preparación de las partes y la facilitación del proceso por profesionales formados a tal efecto;
- El diálogo entre las partes para alcanzar una comprensión mutua y compartida sobre lo que ha sucedido y sus consecuencias, así como un acuerdo sobre lo que debe hacerse al respecto;
- Los resultados de los procesos restaurativos varían y pueden incluir la expresión de arrepentimiento, de reconocimiento de responsabilidad por el ofensor, y el compromiso de realizar alguna acción reparadora para la víctima y/o para la comunidad;
- La oferta de apoyo a la víctima, para acompañarla en su proceso de recuperación y, a la persona ofensora, para acompañarla en su reintegración, y de desistimiento de nuevos actos dañinos (no repetición).

Howard Zehr y Daniel Van Ness¹⁸⁹, también han hecho un esfuerzo importante por sintetizar los principios que deberían mantenerse en toda práctica restaurativa.

Zehr establece que la justicia restaurativa:

¹⁸⁷ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, “Justicia Restaurativa: Informe del Secretario General”, (7 de enero de 2002), disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_11/E-CN15-2002-05-Add1/E-CN15-2002-5-Add1_S.pdf, p. 6

¹⁸⁸ Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Nueva York, 2006), disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf,

¹⁸⁹ Cfr. Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *op. cit.* p. 26.

- Se centra en los daños y en las consiguientes necesidades de las víctimas, pero también de las comunidades y de los ofensores.
- Atiende las obligaciones que estos daños conllevan, tanto para los ofensores como para las comunidades y la sociedad.
- Usa procesos incluyentes y colaborativos.
- Involucra a todos aquellos que tengan un interés legítimo en la situación, lo que incluye a las víctimas, los ofensores, otros miembros de la comunidad y a la sociedad en general.
- Procura enmendar el mal causado.

Por su parte Daniel Van Ness establece que:

- La justicia requiere que trabajemos a fin de que se ayude a volver a su estado original a aquellas personas que se han visto perjudicadas por un delito.
- De desearlo, las personas que se han visto más directamente involucradas o afectadas por el delito, deben tener la posibilidad de participar de lleno en la respuesta.
- El rol del Estado consiste en preservar el justo orden público; la comunidad debe construir y mantener una justa paz.

Ahora bien, respecto a la reparación del daño, una de las características centrales de la justicia restaurativa, surge del cuestionamiento sobre las soluciones que se centraban en el castigo del delincuente y no en la reparación del daño.¹⁹⁰ Sobre todo, en otra forma de vislumbrar la reparación del daño, pues en la justicia retributiva el mismo se basa principalmente en la indemnización pecuniaria, en cambio “en el caso de la justicia restaurativa, aunque también se contempla el pago monetario, en realidad lo que se busca es la curación de la víctima y también del victimario, por lo que no necesariamente nos referimos a un problema de dinero.”¹⁹¹

En este orden de ideas, sobre la concepción de la justicia para el sistema jurídico restaurativo tseltal de Bachajón, Chiapas, Rebeca Gutiérrez especifica

¹⁹⁰ Cfr. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, “Justicia Restaurativa: Informe del Secretario General”, (7 de enero de 2002), disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_11/E-CN15-2002-05-Add1/E-CN15-2002-5-Add1_S.pdf p. 6.

¹⁹¹ Saucedo, José Benito; Zaragoza, José *op. cit.*, p. 650.

“Cuando arreglamos un problema no pedimos dinero de la mesa, multas, tampoco castigo: no hay castigos. En cambio, las autoridades municipales dan castigos, piden multas. Lo que hacemos nosotros es buscar la raíz del problema, dónde empezó, cómo empezó, y buscamos la reconciliación de ambas partes. Pedimos información de ambas partes, dialogan pues, y ya se arregla.”¹⁹²

Respecto a la participación de las partes en el proceso restaurativo, en la discusión del Grupo de Expertos se estableció

“Si bien se consideraba conveniente que tanto el delincuente como la víctima participaran en los procesos restaurativos, había casos en que podían aplicarse a una de las partes prácticas asimétricas basadas en enfoques restaurativos si la otra parte no estaba disponible o no tenía deseos de participar. En ese contexto se examinó la utilización de delincuentes y víctimas “sustitutos”. Por ejemplo, podía autorizarse a delincuentes a que mantuvieran encuentros con integrantes de la comunidad en lugar de con víctimas identificadas y concretas. En los casos en que nunca se capturaba al delincuente, la utilización de delincuentes sustitutos u otras medidas restaurativas podía ser importante como forma de responder al daño sufrido por las víctimas. En todos los casos, se consideraba esencial que quienes participaran lo hicieran voluntariamente, pero en algunos casos las respuestas restaurativas podrían resultar preferibles a las opciones no restaurativas. Era importante tratar cada caso por separado y de manera adecuada, teniendo en cuenta que fuera cual fuera la opción aplicada, el elemento común era que debía hacerse justicia.”¹⁹³

4. Principios y enfoques de la justicia restaurativa

4.1. Desde el abolicionismo carcelario y el antipunitivismo¹⁹⁴

La justicia restaurativa se ha nutrido y ha evolucionado a la par de diversas corrientes, paradigmas, filosofías, movimientos o principios que nos colocan en un sitio a través del cual podemos entenderla. De esta manera, en este apartado hablaremos del abolicionismo, en específico del abolicionismo carcelario y del antipunitivismo como raíces que han resultado

¹⁹² Gasparello, Giovanna y Quintana, Jaime, *op. cit.* p. 56.

¹⁹³ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, “Justicia Restaurativa: Informe del Secretario General”, (7 de enero de 2002), disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_11/E-CN15-2002-05-Add1/E-CN15-2002-5-Add1_S.pdf, p. 7.

¹⁹⁴ Raúl Zaffaroni describe al poder punitivo como todo ejercicio de poder estatal que no persigue la reparación y tampoco contiene o interrumpe un proceso lesivo en curso o inminente. Además, diferencia al poder punitivo manifiesto del latente, en donde el primero es habilitado por las leyes penales: código penal y de procedimientos penales, así como leyes especiales en la materia; y el segundo se oculta bajo otras formas jurídicas. Al poder punitivo lo llevan a cabo las agencias ejecutivas penales. Véase Zaffaroni, Raúl, “Estructura básica del derecho penal”, Buenos Aires, Ediciones Ediar, p. 2009.

inspiraciones importantes para la justicia restaurativa, compartiendo muchos de sus principios y de sus postulados básicos, por lo cual, su comprensión ayuda a ampliar el entendimiento y la complejidad de la justicia restaurativa. Así, por ejemplo, Elena Laurrari determina

“[...] es evidente que ésta [justicia restauradora] también surge vinculada a los movimientos de minimizar el uso de la pena de prisión, llámese a estos ‘diversion’, alternativas a la prisión o abolicionismo. Así pues, si bien nada obsta a que un acuerdo de mediación pueda concluir en una pena de prisión, este tipo de pena no forma parte de la filosofía, ni de los principios que inspiran el movimiento de justicia restauradora.”¹⁹⁵

Lo primero y tal vez de lo más valioso que hay que reconocerle al abolicionismo es el atrevimiento radical y el profundo cuestionamiento que ha planteado a *lo dado* a *lo aparentemente inamovible*, el abolicionismo incomoda lo que se da por cierto replanteando las preguntas fundamentales, así como funciona *en realidad* cualquier ciencia o saber humano, de esta forma, es indudable que al abolicionismo hay que reconocerle que vino a promover nuevos paradigmas científicos. Este es el significado profundo que tiene el abolicionismo para el saber jurídico penal.¹⁹⁶

No existe una sola definición de “abolicionismo”, de hecho, existen varios abolicionismos, incluso en el campo de lo penal, se habla de “abolicionismo punitivo” de “abolicionismo represivo” o “abolicionismo carcelario”, entre otros, debido a que esta tesis no se trata en específico sobre “el abolicionismo” no ahondaré demasiado en el tema, sin embargo, es importante considerar que

“Cada uno [de los principales referentes en la materia] presenta un ángulo diferente del lugar de las ideas abolicionistas [...]: así la crítica de Christie comienza con el derecho penal, Hulsman con el concepto del delito y Mathiesen con el sistema carcelario. Los comentarios de otros autores se refieren: a cuestiones metodológicas y filosóficas (De Folter, quien también ubica al trabajo de Foucault dentro del esquema abolicionista); a la historia de la justicia penal (Steinert quien luego considera las actuales posibilidades abolicionistas), y a

¹⁹⁵ Laurrari, Elena, “Justicia Restauradora y violencia doméstica”, en el marco del proyecto La credibilidad de las penas alternativas a la prisión, 2005, disponible en: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325076458_Justicia%20Restauradora%20y%20Violencia%20Dom%C3%A9stica-%20Elena%20Laurrari.pdf (última vez consultado, mayo 2023).

¹⁹⁶ Cfr. Postay, Maximiliano (compilador), *El abolicionismo penal en América Latina, imaginación no punitiva y militancia*, Editores del Puerto, Argentina, 2012, p. 2.

algunos de los recientes y más destacados debates sobre criminología (Scheerer, quien también trata sobre la estrategia política abolicionista).¹⁹⁷

De esta forma, “[...] el abolicionismo no es una teoría acabada ni fácil de sistematizar. Es una mezcla peculiar de lo altamente concreto, lo profundamente visionario [...] y con un alto nivel de especulación epistemológica.”¹⁹⁸ Algunos autores hablan de que “abolicionismo es el nombre que se da, principalmente en *Europa occidental*, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo.”¹⁹⁹

Personalmente me gusta la definición que conceptualiza al abolicionismo como una “teoría sensibilizadora”²⁰⁰, es decir “[...] una ‘teoría’ que tenga la posibilidad y el objetivo de trascender los modelos, clasificaciones y presunciones tradicionales”²⁰¹ “cuyo compromiso fenomenológico es el eje sobre el cual se construye el nervio del abolicionismo.”²⁰² Y a partir de ahí se sostiene que “la asunción del rol del delincuente, el dolor y sufrimiento de la víctima, la no reparación del daño, la extensión del problema sobre el entorno hace que aparezca el sistema penal como promotor de todos esos prejuicios irreparables.”²⁰³ Es a partir de ahí que “este acercamiento a la problemática particular que rodea al delito lo que le permite al abolicionismo producir una visión del mundo sensibilizadora que sacude la esclerosis de las formas y los discursos jurídicos tradicionales.”²⁰⁴ De este modo,

“[Los] escritos abolicionistas parecen estar más cerca de crear una crisis paradigmática en cuanto desestabilizan muchas creencias cuasi-axiomáticas sobre las que se habían constreñido los sistemas de justicia penal y sus discursos de legitimación. Cuestionan la validez de la relación culpa-castigo como marco de referencia como así también la importancia dada hasta el momento a términos como “delito”, “peligrosidad” y muchos otros.”²⁰⁵

Ferrajoli por su parte llama “teorías negativas” a las abolicionistas en tanto no reconocen justificación alguna en el derecho penal y promueven su eliminación por dos razones fundamentales, bien porque impugnan de origen su fundamento ético-político o bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por el derecho penal son inferiores respecto al

¹⁹⁷ Hulsman, Christie, Mathiesen *et al*, Ciafardini, Mariano y Bondanza, Mirta (traductores), *Abolicionismo penal*, Ediar, Argentina, 1989, p. 14.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 13

¹⁹⁹ *Idem*

²⁰⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 21.

²⁰¹ *Idem*

²⁰² *Ibidem*, p. 10.

²⁰³ *Idem*

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 8.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 21.

costo de la triple constricción que produce: “la limitación de la libertad de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos se juzgue que lo son.”²⁰⁶

De esta forma, en su libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ferrajoli hace una propuesta conceptual en donde incluye a las doctrinas abolicionistas entre sus definiciones y se decanta por la defensa del derecho penal mínimo, reconociendo la utilidad de la pena,

“Considero *abolicionistas* sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el derecho penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social. Por el contrario, no son abolicionistas, sino más bien *sustitucionistas*, aquellas doctrinas criminológicas, a veces libertarias y humanitarias en su intención, pero convergentes en la práctica con el correccionalismo positivista, que bajo el programa de la ‘abolición de la pena’ proponen en realidad la sustitución de la forma penal de la reacción punitiva por ‘tratamientos’ pedagógicos o terapéuticos de tipo informal, pero siempre institucional y coercitivo y no meramente social. Por fin, son completamente *reformadoras* las doctrinas penales que propugnan la reducción de la esfera de la intervención penal o, por otro lado, la abolición en favor de las sanciones penales menos aflictivas de esa específica pena moderna que es la reclusión carcelaria. Personalmente, por ejemplo, sostendré en el libro, la necesidad de rebajar y, como horizonte, de abolir las penas privativas de libertad en tanto que excesiva e inútilmente aflictivas y en muchos aspectos dañinas, así como de limitar las prohibiciones penales sólo las exigencias de tutela que definen el esquema del derecho penal mínimo, pero defenderé al mismo tiempo, en contra de las hipótesis abolicionistas propiamente dichas y de las sustitucionistas, la forma jurídica de la pena, como técnica institucional de minimización de la reacción violenta a la desviación socialmente no tolerada y de garantía del inculpaado frente a las arbitrariedades, los excesos y los errores ligados a sistemas ajurídicos de control social.”²⁰⁷

Ahora bien, también Ferrajoli sostiene que dentro del mundo de las “teorías negativas” y en concreto de los abolicionismos “el derecho penal es el sector del ordenamiento jurídico en el que las cuestiones del *sí* y del *por qué* se plantean de un modo más emblemático.”²⁰⁸ De esta forma “no existen doctrinas abolicionistas del derecho civil, mercantil, constitucional o administrativo parangonables a las del derecho penal.”²⁰⁹

²⁰⁶ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Tercera reimpresión, Trotta, España, p. 248.

²⁰⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Tercera reimpresión, Trotta, España, p. 249.

²⁰⁸ *Ibidem*, 248.

²⁰⁹ *Idem*

Sobre los abolicionistas se ha dicho mucho, en general se les tacha de “ilusos”, “utópicos”, “soñadores” y poco “aterrizados”, así, “todos sus autores reciben (y están cansados de escuchar) la misma crítica: sus ideas suenan bien pero son ‘poca prácticas’”²¹⁰, asumiendo lo anterior, en la introducción al libro *Abolicionismo penal* se nos plantea una provocación y nos proponen un reto al cual esta tesis responde “invitamos a los lectores a efectuar críticas más serias y con mayor contenido.”²¹¹

En esa línea, el planteamiento me parece interesante, no sólo como advertencia inicial para no caer en lugares comunes poco sofisticados que no ayudan a un ejercicio intelectual serio, sino también a partir de lo siguiente

“La abolición del sistema penal no puede en nuestros días entenderse más que como una utopía. Lo utópico, sin embargo, no es sinónimo de imposible. Las utopías no son falacias. Es más, muchas utopías han generado las ideas fundadoras de grandes proyectos sociales que tuvieron finalmente concreción. En este sentido, la propuesta abolicionista podría contener un importante legado ideológico, particularmente para nuestra conflictiva realidad latinoamericana, aunque esto parezca un contrasentido con su origen y su pretendido destino central.”²¹²

De tal suerte, hay que reconocer que el abolicionismo o los abolicionismos han traído trascendentales cambios éticos, económicos, políticos, sociales a lo largo del tiempo, sin embargo, no ha sido fácil pues “[...] nunca ha habido grandes transformaciones en la historia de la humanidad que no hayan sido consideradas utópicas o irreales por la mayoría de los expertos aún pocos años antes de que lo impensable se convirtiera en realidad.”²¹³ Así,

“Mientras que hoy sabemos que la presión abolicionista comenzó cuando la decadencia de la esclavitud era evidente, ciertamente no pensaban lo mismo los contemporáneos de los abolicionistas. A principios del año 1800, es decir, un par de décadas antes de la abolición formal de la esclavitud, primero en las colonias americanas británicas (1838) y en las francesas (1848), luego en los Estados Unidos (1865), y en Brasil (1888), los abolicionistas eran pocos y mal vistos, especialmente en Estados Unidos donde no solo eran temidos, sino que también se los consideraba responsables de cualquier disturbio entre los esclavos. [...] Pero si no hubiese sido por el ‘clima emocional’ creado por los agitadores abolicionistas (incluyendo el libro ‘La Cabaña del Tío Tom’, de Harriet Beecher-Stowe), el compromiso de 1850, que trazaba una línea divisoria al sur de la cual la esclavitud continuaba siendo legal, hubiese durado más tiempo. Como es el caso de otras instituciones legales, también la

²¹⁰ Hulsman, Christie, Mathiesen *et al*, *op. Cit.* p. 14.

²¹¹ *Idem*

²¹² *Ibidem*, p.1.

²¹³ *Ibidem*, p. 17.

esclavitud había logrado parecer sumamente estable casi hasta el día en que cayó. ¿Y aquellos que habían apoyado su abolición? Primero se los acusó de ser utópicos, luego se los criticó por haber sido limitados, medidos y por no haber tenido el pragmatismo necesario.”²¹⁴

Finalmente, resulta útil recordar que los movimientos abolicionistas de nuestros días tienen la vista puesta en una institución cuyo nacimiento puede atribuirse precisamente al éxito obtenido por el movimiento abolicionista. La abolición de los castigos corporales en la Edad Media estuvo estrechamente vinculada al surgimiento de la cárcel, sin embargo la cárcel se acabó convirtiendo en la humanización de castigos preexistentes, pues ¿quién dice que la cárcel (estar encerrados) es más amena, satisfactoria, deseable que un castigo en una casa pública que van a celebrar la tragedia de un culpable de una conducta señalada como delito.”²¹⁵ Maximiliano Postay sostiene así que

“Lo único que estamos haciendo es ocultando el castigo que antes de explicitaba de manera más grotesca, la cárcel es un mecanismo que se adaptó a un contexto en el que las necesidades estéticas de una sociedad viraron, sustituimos la exhibición del padecimiento por el padecimiento a puertas cerradas, sustituimos la plaza pública por la que se celebra la tortura, ahora se materializa la tortura de manera más solapada ocultamiento, desde el ocultamiento”²¹⁶

De esta manera, la misma institución que surge del movimiento abolicionista, es hoy la que sigue en la agenda de los abolicionistas.²¹⁷ Y en el mismo sentido, “hablando de las victorias de los movimientos abolicionistas, debemos incluir en los logros incompletos y regionales la abolición de la pena de muerte en una gran cantidad de naciones.”²¹⁸

“[...] La cárcel es considerada una característica inevitable y permanente de nuestras vidas sociales. La mayoría de las personas se sorprende al escuchar que el movimiento de abolición de las prisiones tiene también una larga historia, una historia que inicia con la aparición histórica de la cárcel como principal forma de castigo. En efecto, la reacción más natural es asumir que los activistas en el tema (incluso lxs que conscientemente se nombran como ‘activistas anticárcel’) están simplemente tratando de mejorar las condiciones de las prisiones, o quizás de reformar la prisión en forma más fundamental. En la mayoría de los círculos, la abolición de las prisiones es simplemente impensable e inverosímil. Lxs

²¹⁴ *Ibidem*, p. 18.

²¹⁵ Postay, Maximiliano (compilador), *El abolicionismo penal en América Latina, imaginación no punitiva y militancia*, Editores del Puerto, Argentina, 2012.

²¹⁶ Postay, Maximiliano (compilador), *El abolicionismo penal en América Latina, imaginación no punitiva y militancia*, Editores del Puerto, Argentina, 2012.

²¹⁷ *Cfr.* Hulsman, Christie, Mathiesen *et al*, *op. Cit.* p. 19.

²¹⁸ *Idem*

abolicionistas de las prisiones son desestimadxs como utópicxs e idealistas cuyas ideas son, en el mejor de los casos, poco realistas e impracticables y, en el peor, confusas y ridículas. Esto evidencia cuán difícil es concebir un orden social que no dependa de la amenaza de encerrar a la gente en lugares terribles diseñados para separarla de sus comunidades y de sus familias. La prisión es considerada tan ‘natural’ que es sumamente difícil imaginar la vida sin ella.”²¹⁹

Dicho lo anterior, se puede rescatar que al hablar del abolicionismo, nos encontramos con una paradoja pues “[...] mientras que las ideas básicas de abolir las cárceles y/o el propio sistema de justicia penal son consideradas totalmente utópicas por la mayoría, parecen, por otro lado, bastante estimulantes para una importante minoría que no se limita a los claustros universitarios.”²²⁰ Como apunta Ferrajoli, tal vez esta estimulación y atracción provocadora que genera el abolicionismo se debe a que

“El punto de vista abolicionista -precisamente porque se coloca de parte de quien sufre el coste de las penas y no del lado del poder punitivo, y es por consiguiente programáticamente externo a las instituciones penales vigentes- ha tenido el mérito de favorecer la autonomía de la criminología crítica, de suscitar sus investigaciones acerca de los orígenes culturales y sociales de la desviación y de la relatividad histórica y política de los intereses penalmente protegidos, y de contrarrestar por todo ello, quizá en mayor medida que cualquier otra orientación teórica, el latente legitimismo moral de las doctrinas penales dominantes”.²²¹

Podemos entender entonces al abolicionismo como un antídoto frente a una tentadora tendencia de mantener un *status quo* incuestionable, así una de sus principales aportaciones entonces es la estimulación a cuestionarnos lo dado, enfrentar a un monstruo de dimensiones importantes difícil de mover que ha tomado varios nombres a la largo de la historia, y en el ámbito de esta tesis en particular podemos decir que

“Tal vez sea esta idea de la ‘solución represiva’ de los conflictos sociales, el efecto más dañino del derecho penal, por su carácter anestésico y paralizante de la búsqueda de las verdaderas soluciones para las distintas situaciones problemáticas, definidas por la ley como delitos. En este sentido, el aporte abolicionista es fructífero por sus profundas críticas a todos y cada uno de los argumentos que por años han sido el sostén ideológico de tal ‘solución’.

Así vemos desentrañar a través de los análisis de los abolicionistas toda la falacia del proceso estigmatizante de la criminalización. Vemos la forma en que términos como ‘delito’ o ‘delincuencia’ encubrían una compleja realidad que no reflejaban ni siquiera

²¹⁹ Davis, Angela, *¿Son las prisiones obsoletas?*, Bocavulvaria Ediciones, Argentina, 2017, p. 10.

²²⁰ Hulsman, Christie, Mathiesen *et al*, *op. cit.* p. 19.

²²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Tercera reimpresión, Trotta, España, p. 252

aproximadamente. Quedan en evidencia no sólo el efecto destructivo de la aplicación de una pena en relación al que sufre castigo, sino también los innumerables efectos colaterales negativos de la intervención penal.”²²²

Ahora bien, como adelantaba antes, frente a un abanico amplio de propuestas abolicionistas, el enfoque particular de los abolicionismos que me interesa rescatar para fines de esta tesis es el “abolicionismo carcelario”, alejándome así de los abolicionismos más radicales que plantean por ejemplo la abolición de todo el sistema represivo en su conjunto, o del sistema penal en su totalidad y que se cuestionan incluso la razón de ser del Estado mismo, estableciendo así un acercamiento estecho con posturas anarquistas de las cuales esta tesis se distancia enormemente. Dejando atrás estas propuestas, me centraré en el *abolicionismo carcelario* cuyos cuestionamientos y planteamientos epistemológicos comparten principios comunes con la justicia restaurativa. Para entender la atracción del *abolicionismo carcelario* “es necesario comprender el desgaste del sistema carcelario, fenómeno que es muy fuerte al menos en varios países de Europa, Estados Unidos y una buena parte de los países del mundo.”²²³

En este contexto surgen actores relevantes en la materia, una de más incógnicas es Angela Davis, filósofa, profesora, activista, defensora de derechos humanos y abolicionista carcelaria, referente imprescindible en el tema que de manera oportuna hace varias aportaciones muy valiosas para cuestionar el papel de la cárcel en nuestras sociedades, así, se cuestiona de inicio

“En el fondo hay una pregunta fundamental ¿por qué damos por sentada la prisión? [...] resulta difícilmente aceptable entablar una discusión pública seria sobre la vida en la prisión o sobre alternativas radicales a la prisión. Es como si la cárcel fuera un hecho inevitable de la vida, como en nacimiento y la muerte. En general, la gente tiende a dar por sentadas las cárceles. Es difícil imaginar la vida sin ellas. Al mismo tiempo hay una renuncia a enfrentar la realidad que se esconden dentro de ellas, un temor a pensar sobre lo que ocurre ahí. Así, la cárcel está presente en nuestras vidas y, a la vez, está ausente de nuestras vidas.”²²⁴

Y en esta línea, Waskow lanza una provocación:

“Olvídense de la reforma; es hora de hablar sobre la abolición de cárceles y prisiones en la sociedad estadounidense. Pero: ¿abolición? ¿Dónde ponemos a los prisioneros? ¿A los ‘criminales’? ¿Cuál es la alternativa? Primero, no tener ninguna alternativa crearía menos

²²² Hulsman, Christie, Mathiesen *et al op. cit.* p.8

²²³ *Cfr. Ibidem.* p. 17.

²²⁴ Davis, Angela, *¿Son las prisiones obsoletas?*, Bocavulvaria Ediciones, Argentina, 2017, p. 16

crimen que lo que hacen los actuales centros de entrenamiento criminal. Segundo, la única alternativa completa es construir la clase de sociedad que no necesita prisiones: una decente redistribución del poder y del ingreso como para apagar el fuego escondido de ardiente envidia que ahora se enciende en crímenes de propiedad - tanto robo por los pobres como desfalco por los ricos. Y un decente sentido de comunidad que pueda apoyar, reintegrar y verdaderamente rehabilitar a aquellos que repentinamente se llenan de furia o desesperación, y que pueda enfrentarlos no como objetos -'criminales'- sino como gente que ha cometido actos ilegales, como casi todos nosotros."²²⁵

Angela Davis plantea que crear agendas de descarceración y armar una red amplia de alternativas nos ayuda a realizar el trabajo ideológico de cortar el vínculo conceptual entre crimen y castigo. Esta concepción más matizada del rol social del sistema de castigo requiere que abandonemos, que desairaguemos del sentido común nuestra forma habitual de pensar el castigo como la consecuencia lógica e inevitable del crimen, esto implica un esfuerzo por reconocer que 'castigo' no deriva necesariamente del 'crimen' como proponen los discursos que insisten en la justicia basada en la encarcelación;²²⁶

"La encarcelación está asociada con la racialización de quienes más probablemente serán castigados. Está asociada con su clase y, como hemos visto, también el género estructura el sistema de castigo. Si insistimos en que alternativas abolicionistas perturben estas relaciones, que busquen desarticular crimen y castigo, raza y castigo, clase y castigo, y género y castigo, entonces no debemos centrarnos en el sistema carcelario como institución aislada, sino que debemos también dirigir nuestra mirada a todas las relaciones sociales que mantienen la permanencia de la prisión."²²⁷

Así,

"Un intento por crear un nuevo terreno conceptual para imaginar alternativas a la encarcelación requiere el trabajo ideológico de cuestionar por qué 'lxs criminales' han sido constituidxs como una clase y, en efecto, como una clase de seres humanos no merecedores de los derechos civiles y humanos que se confieren a otrxs. [...] Así, si estamos dispuestxs a tomar seriamente las consecuencias de un sistema de justicia racista y con prejuicios de clase, llegaremos a la conclusión de que un enorme número de personas están en prisión simplemente porque son, por ejemplo, negras, chicanas, vietnamitas, nativas americanas, o simplemente pobres, sin importar su origen étnico. Son enviadas a prisión no tanto por los

²²⁵ Waskow, Arthur, "Residente", Institute for Policy Studies, Saturday Review, 8, January 1972, citado en Fay Honey Knopp et al., *Instead of Prisons: A Handbook for Abolitionists*, Syracuse, N.Y.: Prison Research Education Action Project, 1976, p. 15- 16.

²²⁶ Cfr. Davis, Angela, *¿Son las prisiones obsoletas?*, op. cit. p. 131.

²²⁷ *Idem*

crímenes que, de hecho, pueden haber cometido, sino sobre todos porque sus comunidades han sido criminalizadas.”²²⁸

De este modo,

“Pensamos el encarcelamiento como un destino reservado a otrxs, un destino reservado a lxs malhechores [evildoers, N. de T.], para utilizar un término recientemente popularizado por George W. Bush. Debido al persistente poder del racismo, lxs “criminales” y “malhechores” son fantaseadxs, en la imaginación colectiva, como personas de color. La prisión por lo tanto funciona ideológicamente como un sitio abstracto en el cual se depositan lxs indeseables, aliviándonos de la responsabilidad de pensar en los verdaderos problemas que afligen a aquellas comunidades de las que se extraen prisionerxs en números tan desproporcionados. Éste es el trabajo ideológico que realiza la prisión: nos exime de la responsabilidad de comprometernos seriamente con los problemas de nuestra sociedad, especialmente aquellos producidos por el racismo y, cada vez más, por el capitalismo global.”²²⁹

La lucha por el abolicionismo carcelario, en concreto encabezado por Angela Davis es consciente de las preguntas clásicas que lo rodean y en ese sentido Angela sabe, también, que la lucha para que el abolicionismo carcelario suceda es difícil y rodeada de incompreensión. De los otros que dicen

“¿Pero cómo va a dejar de existir la cárcel?” y “¿Qué hacemos entonces con el violador, el asesino, el genocida?”. La realidad es que los violadores/asesinos/genocidas son una muy pequeña minoría. Quizá sea difícil pensar en otros modos de sancionar sus conductas muy dañosas, muy brutales y violentas, por fuera de la separación del resto de la sociedad, que eso es la cárcel finalmente. Pero el resto, la inmensa mayoría, son personas que han sido lastimadas de modos múltiples y cotidianos a lo largo de sus vidas, y a quienes la cárcel solo las sigue marcando y cristalizando ese dolor.”²³⁰

Frente a una de las preguntas-reacciones más comunes que siempre se tienen frente al antipunitivismo “¿y qué hacemos con quienes han cometido delitos graves?” es interesante destacar que normalmente esa pregunta se hace desde el total desconocimiento de la realidad carcelaria, pues, como sostiene Davis, ese universo es el más pequeño de la población privada de su libertad, así, “muchas veces cuando hablamos de abolicionismo penal o de antipunitivismo nos responden con los casos más extremos, pero es importante

²²⁸ *Ibidem*, p. 132.

²²⁹ *Ibidem*, p. 18.

²³⁰ *Ibidem*, p. 6.

que veamos más allá de eso: la violencia sucede en muchas escalas, y el ejercicio de impedir las puede comenzar por las más pequeñas.”²³¹

Con base en lo anterior, a manera meramente ilustrativa para ayudar a entender sobre la realidad carcelaria y las consecuencias en personas privadas de su libertad por delitos no graves, cito a continuación el caso de un joven en el marco del trabajo que la filósofa Claudia Alarcón hace con adolescentes privados de su libertad,

“El joven ‘M’ ingresó a los 20 años de edad a un reclusorio ubicado en la Ciudad de México por comercializar mercancía robada, recibió una sentencia de 7 años: yo entiendo que está mal lo que hice, pero en la celda tuve que ver cómo violaban a otros chavos y no puedes hacer nada, o que mataran a dos carnales que conocí ahí y no me pude meter porque el difunto iba a ser yo. Yo sólo vendía tenis robados, sí robados, pero nunca he matado ,ni violado a nadie. Yo siempre digo que la sentencia es para uno, pero la condena es para la familia porque pues te tienen que aguantar cuando sales ya todo roto, yo sigo soñando con todo eso que viví adentro y me siento ansioso todo el tiempo.”²³²

Por si fuera poco “en efecto las cárceles sólo hacen crecer las tasas de criminalidad; son ‘universidades donde se enseñan nuevas técnicas para delinquir’; sirven para aislar al delincuente e impedirle, más o menos, por un tiempo, no realizar actos ilícitos mientras está en la prisión, pero nada más;”²³³ de esta manera,

“no hace falta compartir la tesis del ‘abolicionismo’ para verificar la ineficacia de la pena privativa de la libertad; es inevitable, pues, que al analizar el tema de la justicia restaurativa y sus programas, se mencione el rotundo fracaso del sistema carcelario.”²³⁴

Muy de la mano e incluso a veces con líneas divisorias poco claras y casi imperceptibles entre ellas, también el antipunitivismo como posición teórica y práctica desde donde se han hecho trascendentales aportaciones para repensar y replantear el sistema de justicia penal hegemónico, ha realizado fundamentales cuestionamientos a lo aparentemente imposible “el drástico cuadro hobbesiano que nos imaginamos como único e inevitable sustituto, de nuestra sociedad punitiva, arrasa con cualquier hipótesis abolicionista y con ella se lleva todo tipo de cuestionamiento a la actual realidad, estructurada sobre la base de la relación simbólica

²³¹ *Idem*

²³² Alarcón, Claudia, *Construcción emocional en los espacios carcelarios: una aproximación restaurativa al conflicto y la violencia entre los jóvenes*, [Disertación doctoral inédita], Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2023, p. 9.

²³³ Kemelmajer, Aída, *op. cit.*, p. 299.

²³⁴ *Idem*

culpable-castigo”²³⁵, de esta forma, “la respuesta punitiva al delito ha sido siempre un hecho *incuestionado e incuestionable* [...] Nunca llegó a pensarse o al menos a decirse que tal vez la respuesta punitiva a los ‘delitos’ no sea la mejor solución o, lo que es más, tal vez sea la peor.”²³⁶ De esta manera

“Leyendo a Michel Foucault en *Vigilar y castigar* vemos como las prisiones y el modelo de vigilancia y castigo no han logrado los objetivos que nos hemos planteado en relación a las personas en conflicto con la ley. Este modelo punitivo, de castigo y represión permea una buena parte de nuestras instituciones y ha sido aplicado con la misma falta de éxito en los ámbitos intrafamiliares, en las escuelas y organizaciones.”²³⁷

Importantes autores que se autodenominan anti punitivistas han teorizado al respecto, en México, sin duda una de las referentes más relevantes que reflexiona al respecto es Lucía Núñez, quien desde el feminismo y el anti neoliberalismo hace una crítica importante al punitivismo trayendo elementos clave al debate sobre el punitivismo, pero también para la justicia restaurativa. El trabajo de la académica es especialmente acertado para esta tesis, pues la autora propone siempre un análisis de la situación económica y política para explicar el giro punitivo y el surgimiento de una penalidad neoliberal en las sociedades tardomodernas. La autora no quita el dedo del renglón sobre los factores estructurales que agudizan las violencias y que conducen a la falsa asignación individual de responsabilidad penal, cayendo en la trampa del Estado neoliberal punitivo.²³⁸ El hecho que lo haga (aunque no sea el enfoque principal de esta tesis) desde el feminismo, aporta un reto teórico y práctico adicional al debate, pues paradójicamente es sin duda en los feminismos donde se presentan las principales resistencias a la justicia restaurativa.

Wacquant hace un trabajo importante²³⁹ por analizar la relación entre el aumento de las políticas punitivas y el repliegue del Estado de bienestar en Estados Unidos, así como la tendencia hacia el uso del aparato penal en los últimos 30 años, “tendencia punitiva [que] no es resultado de una mera coincidencia, moda o devenir de las técnicas de modernización del aparato represivo, sino que encuentra su base en el sostenimiento de un proyecto

²³⁵ Hulsman, Christie, Mathiesen *et al*, *op. cit.* p.1.

²³⁶ *Idem*

²³⁷ Paillet, Marta, “Interpelando la naturaleza de lo Restaurativo. Aportes filosóficos y epistemológicos sobre el Campo Restaurativo y la Cultura de Paz” en *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 36.

²³⁸ Cfr. Núñez, Lucía, *El giro punitivo, neoliberalismo, feminismos y violencia de género*, disponible en <https://lucianunez.mx/wp-content/uploads/2019/09/ElGiroPunitivoRevPoliticaYCultura-2.pdf> (última vez consultado mayo 2023).

²³⁹ Cfr. Wacquant, Loïc, *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social* (traducción Margarita Polo), Barcelona, Gedisa, 2010.

político transnacional”²⁴⁰ pues “en el neoliberalismo, la autoridad pública en materia económica se reduce y paralelamente se fortalece en el mantenimiento del orden social y moral”²⁴¹ de tal suerte que esta operación entre la exigencia de un Estado mínimo y la imposición de las reglas del mercado deja fuera algunos quienes después serán categorizados de *inadaptados* o de personas *no reinsertables*, población *no deseada* que por no encajar en el modelo económico social imperante serán los que después acabaran aislados y olvidados en las cárceles. En otras palabras, el despliegue punitivo de la criminalización de la pobreza. Así,²⁴²

“Esta población es vista como ‘peligrosa’, ‘riesgosa’ o ‘sospechosa’, que atenta contra el equilibrio armónico de la sociedad, de ahí que se implore un Estado que garantice ‘seguridad’ cotidiana. Se puede entender así que, en el marco de la desregulación económica, es la pobreza del Estado social la que necesita un Estado penal fuerte. Se trata de una relación causal y funcional, dice Wacquant, entre dos ámbitos que se fortalecen mutuamente, lo cual facilita que el Estado se despoje de toda responsabilidad económica a la vez que tolere un alto nivel de pobreza y de desigualdades. Es importante hacer hincapié en que esta forma de gobierno –el gobierno neoliberal de la inseguridad social y el gobierno a través del delito (así también la ha teorizado Jonathan Simon, aunque con sus peculiaridades)– constituye una “innovación política”²⁴³

Ahora bien, pese a los elementos importantes que aporta Wacquant al entendimiento del punitivismo desde el neoliberalismo, es difícil establecer una relación causal sin caer en una simplificación del vínculo entre los modelos económicos-políticos y el punitivismo. Lo que es un hecho irrefutable es que el neoliberalismo ha traído precarización de la vida y ensanchamiento de las desigualdades con fenómenos criminales expandidos en toda América Latina. Sin embargo, con la precaución de no caer en esta simplificación poco aterrizada a la realidad latinoamericana del punitivismo por ejemplo, Núñez en su texto *El giro punitivo, neoliberalismo, feminismos y violencia de género* hace un análisis donde cita a Máximo Sozzo, pues “aunque Wacquant afirma que su propuesta puede ser llevada más allá de los países europeos y de Estados Unidos, sería una irresponsabilidad teóricoreflexiva pensarla fuera de un contexto social, económico, político y cultural específico,”²⁴⁴

“Al respecto, ante el drástico aumento en los últimos años de las tasas de encarcelamiento en América del Sur, Máximo Sozzo da elementos para problematizar el giro punitivo en Sudamérica y su posible vínculo con el avance del neoliberalismo, en la línea de análisis de

²⁴⁰ Núñez, Lucía, *op. cit.* p. 57,

²⁴¹ *Idem*

²⁴² *Cfr. Ibidem*, p.58

²⁴³ *Idem*

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 59

Wacquant, sobre todo en aquellos países que experimentaron ‘fuertes procesos de cambio político’ consistentes en el ascenso al gobierno de partidos con programas de izquierda que, a decir de varios analistas, ha configurado una nueva etapa *posneoliberal* en virtud de la ruptura que se intenta, en la práctica y en el discurso, con el modelo neoliberal, la cual se ha llevado a cabo por medio de transformaciones en las estructuras estatales y jurídicas [...] además de una fuerte intervención estatal en la economía, re-estatización de servicios públicos, recursos naturales y actividades productivas, así como la expansión de las políticas sociales [...] Así, el autor concluye que no es fácil comprender el giro punitivo en América del Sur a la luz de lo propuesto por Wacquant, sobre todo sin analizar el impacto de los cambios políticos en estas regiones, aun considerando que los nuevos gobiernos de izquierda, contradictoriamente, en su intento de diferenciarse de las políticas penales de derecha, terminen aplicando unas iguales o similares.

Por ello, de manera pertinente, Máximo Sozzo invita a ir más allá de la tesis de la penalidad neoliberal: el giro punitivo no es patrimonio de alianzas y programas políticos neoliberales. De ahí la importancia de considerar los cambios políticos y sus dinámicas internas, el rol de las retóricas e iniciativas de incremento de la punitividad para capturar consenso político y electoral entre ciertos sectores de la población; el peso de la coyuntura y el pragmatismo en la acción política en la democracia contemporánea; la influencia del campo mediático sobre la “crisis de inseguridad” y las maneras difundidas de pensar en el público y en los actores políticos y penales, así como la importancia de las visiones difundidas entre éstos y reproducidas en sus culturas institucionales. Los contextos políticos analizados por Máximo Sozzo y su vinculación con el aumento de las tasas de encarcelamiento proporcionan una idea aproximada de las oscilaciones e intensidades de los niveles de punitividad en Sudamérica con todas sus salvedades, lo cual demuestra que utilizar la tesis elaborada por Wacquant de manera esquemática en otros contextos puede derivar en conclusiones simplistas y/o reduccionistas.”²⁴⁵

Aunque no es intención de este trabajo adentrarme en la profundidad del análisis punitivo-modelos económicos-políticos, ni mucho menos, desde el anti punitivismo y el abolicionismo carcelario me parece relevante traer a colación las conclusiones que apuntan por un lado hacia las causas estructurales y por otro lado hacia la instauración de la idea neoliberal de la “responsabilidad individual” llevada también al campo de lo penal. Estas dos ideas resultan fundamentales para hacer una crítica completa y atinada al sistema de justicia penal hegemónica y desde ahí entender la apuesta de la justicia restaurativa como una cercana a la realidad social, económica y política que nos atraviesa, que la entiende y dialoga con ella y desde ahí fundamenta su visión de la justicia penal.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 60

Una propuesta que entienda desde este lugar el fenómeno delictivo llevará tiempo de instaurar de manera hegemónica en el razonamiento jurídico-político que impere en el sistema de justicia penal, sin embargo aunque por ahora sea un esfuerzo casi periférico, el abolicionismo nos deja como lección que “siempre ha ocurrido que las innovaciones sociales comienzan a desarrollarse en los márgenes del sistema para luego invadir sus centros.”²⁴⁶ Mientras tanto,

“Frente a la enorme distancia que separa la realidad del ejercicio del poder punitivo [...] y lo que el derecho penal imagina que sucede en el mundo por él creado [...], el abolicionismo se pregunta: ¿Por qué no abolir el poder punitivo? ¿Por qué no reemplazarlo por otras formas de verdadera solución de los conflictos?”²⁴⁷

Desde el feminismo antipunitivista, Núñez también se cuestiona

“¿En qué medida estas políticas instauradas bajo el amparo de algunos feminismos o de algunas feministas han contribuido, o no, a la minimización, ocultamiento o aislamiento de factores estructurales que agudizan la violencia contra las mujeres en México? [...] ¿en qué medida han reducido sus políticas contra la violencia sexual a la asignación individual de la responsabilidad penal?”²⁴⁸

Y en Argentina, también desde el feminismo antipunitivista Moira Pérez responde,

“El feminismo que invierte en la vía punitiva estatal -pidiendo más cárcel, nuevas figuras penales, menos garantías- está invirtiendo en un sistema clasista, racista, colonialista, que sirve para reafirmar los márgenes de inclusión y exclusión, para deshacerse de una población excedente, para sostener un status quo.”²⁴⁹

En la misma línea, Angela Davis determina:

“Un enfoque abolicionista que busque responder preguntas como éstas requeriría que nos imagináramos una constelación de estrategias e instituciones alternativas, con el fin último de remover a la prisión de los paisajes sociales e ideológicos de nuestra sociedad. [...] y un

²⁴⁶ Hulsman, Christie, Mathiesen *et al*, *op. cit.*, p. 32.

²⁴⁷ Zaffaroni, Eugenio, “Prólogo” en Postay, Maximiliano (compilador), *El abolicionismo penal en América Latina, imaginación no punitiva y militancia*, Editores del Puerto, Argentina, 2012, p. VII.

²⁴⁸ Núñez, Lucía, *op. cit.* p. 63.

²⁴⁹ Santoro, Estefanía, “Entrevista a Moira Pérez, doctora en filosofía y especialistas en violencias. Por qué el punitivismo no es la respuesta” en *Página 12*, 23 de abril de 2021, disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/336846-por-que-el-punitivismo-no-es-la-respuesta> (última vez consultado mayo 2023).

sistema de justicia basado en la reparación y la reconciliación en lugar de la retribución y la venganza.”²⁵⁰

Así,

“Más que tratar de imaginar una única alternativa al sistema de encarcelación existente, podríamos visualizar un conjunto de alternativas que requerirán transformaciones radicales de muchos aspectos de nuestra sociedad. Las alternativas que no logren enfrentar el racismo, la dominación masculina, la homofobia, el prejuicio de clase y otras estructuras de dominación no llevarán, en el análisis final, a la descarceración, y no promoverán el objetivo de la abolición.”²⁵¹

Sin embargo,

“De cualquier modo, la influencia de las ideas abolicionistas son claras en la justicia restaurativa, filosóficamente basada en la crisis de la concepción retributiva de la pena, y en la convicción de que las penas tradicionales tampoco evitan conductas futuras similares, sea del infractor o de cualquier otro miembro de la comunidad (teorías utilitaristas). Dicho de otro modo, no abandona completamente el ideal rehabilitativo, pero se funda en la crisis de la eficacia de la pena, tal como está instrumentada en el derecho penal actual. De algún modo, el abolicionismo constituye un paso más allá, pues sueña con una sociedad no sólo sin prisiones sino también sin derecho penal, la larga lista de deficiencias y nocividades del sistema penal conduce a los defensores del abolicionismo a negar cualquier efecto positivo de la intervención punitiva, tanto respecto de las víctimas como de los infractores y de la sociedad.”²⁵²

Ahora bien, está claro que

“[...] esta feliz novedad teórica todavía está en disputa con criterios de trabajo poco flexibles, y poco acostumbrados a abordar los problemas sociales con una mirada no punitiva sino constructiva. Está claro que no se encuentra aún arraigada en los operadores judiciales la idea de extremar los esfuerzos para evitar la circulación de violencia con forma de pena.”²⁵³

Sin embargo,

²⁵⁰ Davis, Angela, *¿Son las prisiones obsoletas?*, op. cit. p. 126.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 127

²⁵² Kemelmajer, Aída, op. cit. p. 302

²⁵³ Lewis, Juan, “¿Qué esperamos de la Justicia Restaurativa como Filosofía y Práctica restaurativas? Algunas preguntas para hacernos” en *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 22.

“Con el telón de fondo de estas alternativas abolicionistas más amplias, tiene sentido ocuparse de la cuestión de las transformaciones radicales dentro del sistema judicial existente. Así, sin minimizar, a través de distintas estrategias, los tipos de comportamiento que pondrán a las personas en contacto con el sistema policial y el sistema judicial, existe la pregunta de cómo tratar a quienes atacan los derechos y los cuerpos de otras personas. Muchas organizaciones e individuos, tanto en Estados Unidos como en otros países, ofrecen modos alternativos de hacer justicia. En instancias limitadas, algunos gobiernos han intentado implementar alternativas que van desde la resolución de conflictos hasta la justicia restaurativa o reparadora.”²⁵⁴

De esta manera y compartiendo principios y enfoques del antipunitivismo y del abolicionismo carcelario,

“La [justicia restaurativa] no acepta respuestas vengativas o punitivas ante el daño causado, porque a nivel social se retroalimentan bucles de violencia y contra violencia. El castigo, equivalente a la aplicación legal de la venganza, es una mera variante del daño original, replicándolo y reproduciéndolo, causando la destrucción de las redes de seguridad comunitaria. A nivel individual, una respuesta punitiva o vengativa, nos daña psicológicamente. Nos atrapa en el pasado y nos ata a definiciones incapacitantes sobre nosotros mismos por una sobre identificación con el dolor, confundiendo quién somos realmente. Este apego al sufrimiento nos bloquea el camino a la sanación, magnifica los deseos de venganza y expande el dolor. Presas del dolor y el pasado, las personas afectadas experimentan una nueva victimización, pero esta vez autoinfligida. Está científicamente comprobado que el odio y el enojo corroen nuestro bienestar, a nivel físico y emocional (Davis 2017: 32).”²⁵⁵

Dicho lo anterior y sin pretender ser exhaustiva en los temas expuestos que sin duda podrían requerir una o varias tesis completas para ahondar al respecto con seriedad, quisiera enfatizar el hecho de reconocer las valiosas aportaciones que las teorías abolicionistas han generado para provocar las grandes transformaciones del mundo a la largo de la historia. Pero en particular quisiera, para fines de este trabajo, quedaran en evidencia las desestabilizaciones y las preguntas “incómodas” aparentemente irrealizables el abolicionismo carcelario y el antipunitivismo han formulado para apostar por un cambio de paradigma radical con importantes coincidencias con la justicia restaurativa.

4.2. Desde la cultura de la no violencia

²⁵⁴ Davis, Angela, *¿Son las prisiones obsoletas?* op. cit. 2017.

²⁵⁵ Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, op. cit. p. 24

Como lo mencioné en el apartado anterior, existen importantes movimientos alrededor del mundo que han contribuido al desarrollo e implementación de la justicia restaurativa. Uno de ellos es el “movimiento de la no-violencia”. Al igual que el abolicionismo carcelario y el antipunitivismo, es relevante mencionarlo brevemente para comprender la manera en que sus premisas y postulados coinciden y contribuyen a este nuevo paradigma de la justicia ya que “la justicia restaurativa es una filosofía inspirada en movimientos sociales no violentos que han impulsado alternativas a la solución de conflictos sociales, más allá de la prisión o el castigo a la persona responsable.”²⁵⁶

Para empezar, tal como se justificó en el capítulo I, estos postulados y coincidencias de la justicia restaurativa con los movimientos no violentos derivan de una contraposición con el modelo de justicia retributivo, principalmente carcelario, revanchista, vengativo y también violento. Pues, tristemente,

“Nuestro sistema de justicia se dedica a lastimar a las personas que lastimaron a otras personas, supuestamente para demostrar que lastimar a las personas es lo incorrecto. Esto activa un ciclo interminable para perpetuar daños y lejos de que la justicia sea un campo para la sanación, se convierte en un campo de guerra.”²⁵⁷

Preceptos no sólo sostenidos teóricamente, sino que incluso, por ejemplo, en la sentencia C-080 de la Corte Constitucional de Colombia se reconoció “[...] el castigo retributivo que está en el corazón de la justicia criminal ordinaria ‘es insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica.’”²⁵⁸

Así, con el sistema de justicia penal dominante,

“Hemos aprendido y aplicado y seguimos aplicando todas las formas de violencia directa que podamos imaginar. Sostenida y provocada por la violencia estructural —injusticia social— y la violencia cultural al decir de Galtung, Johan (noruego, Premio Nobel Alternativo de la Paz de 1987), quien sin embargo nos advierte: ‘Es necesario rechazar el malentendido popular que asegura que la violencia es propia de la naturaleza humana. Los humanos tenemos el potencial para la violencia como para el amor, ambos son potencialmente posibles para nosotros.’ Dice que la violencia directa es la consecuencia de la violencia cultural y estructural, pero nosotros seguimos castigando, reprimiendo y puniendo la violencia directa. La pregunta que debemos hacernos es: ¿qué estamos haciendo para disipar la violencia cultural y la violencia estructural?”²⁵⁹

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 19

²⁵⁷ *Idem*

²⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, p. 172 y 173.

²⁵⁹ Paillet, Marta, *op. cit.* p. 32

En esta misma línea, desde el feminismo también se problematiza

“El problema de la violencia machista es estructural y como tal la única forma de resolverlo es transformar las estructuras que habilitan la violencia. El castigo, por el contrario, lo que hace es reforzarlas: reproduce la violencia, y refuerza las condiciones en las que germina: exclusión, falta de oportunidades, sometimiento, desobjetivación, por ejemplo. Además, en estas estructuras el machismo se entrelaza con otras formas de exclusión, tales como el capacitismo, el racismo, o el clasismo, y no podemos reducir la primera sin abordar las otras. El castigo, por el contrario, las refuerza todas al contribuir a la jerarquización, marginación, e incluso descarte de ciertas poblaciones.”²⁶⁰

De esta manera los movimientos no violentos o de la no-violencia han tenido grandes postulantes a lo largo de la historia, imposible no hacer referencia a Martin Luther King, a Nelson Mandela o a Mahatma Gandhi, líderes políticos, éticos, incluso espirituales y los más grandes pacifistas de la humanidad. De esta forma, en 1906 Gandhi define con *satyagraha*, neologismo inventado por él para nombrar a la no-violencia y término que decidió utilizar para sustituir el concepto de *resistencia civil pacífica*, “por lo tanto la cambié por *satyagraha*. La verdad (*satya*) implica el amor, y la firmeza (*agraha*) simboliza la fuerza. Así comencé a llamar al movimiento indio *satyagraha*, es decir, fuerza que nace de la verdad y el amor o la no-violencia.”²⁶¹

Así, dice Gandhi “la no violencia es la mayor fuerza a disposición de la humanidad. Es más poderosa que el arma de destrucción más poderosa concebida por el ingenio del hombre”.²⁶² Por lo tanto la no-violencia es una postura ético-política que rechaza el uso de la violencia y de la agresión, en cualquiera de sus formas. Con su famosa frase “no hay camino por la paz, la paz es el camino”, Gandhi propone oponerse al uso de la violencia no sólo como un fin, sino como un medio (incluso como respuesta a la misma violencia porque considera que todo acto violento genera más violencia). Se trata de una opción alternativa que pretende “humanizar” la sociedad, apostando por una manera sin violencia para resolver conflictos, incluso producto de violencias.

Bajo al misma idea, Tsunesaburo Makiguchi, educador y filósofo, dice “en vez de mirar a la paz como el ideal distante, tenemos que actuar en modo que cada paso en su dirección

²⁶⁰ Santoro, Estefanía, “Entrevista a Moira Pérez, doctora en filosofía y especialistas en violencias. Por qué el punitivismo no es la respuesta” en *Página 12*, 23 de abril de 2021, disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/336846-por-que-el-punitivismo-no-es-la-respuesta> (última vez consultado mayo 2023).

²⁶¹ Gandhi, *Política de la No Violencia*, Diario Público, España, 2010, p. 74.

²⁶² *Ibidem*, p. 75

represente la paz”.²⁶³ Y es justamente a partir de esta premisa que se enlaza la justicia restaurativa con la no-violencia, pues la apuesta única no debe ser es procurar la paz como un fin último de la justicia, sino construirla desde caminos no-violentos, es decir, incluso como respuesta a conflictos violentos o derivados de violencias.

De tal forma que, en contraposición con el modelo de justicia penal hegemónico, la apuesta es por la construcción de una justicia que realmente resuelva conflictos y no los agudice, que ayude a pacificar una sociedad y no a propiciar su violencia, así, el sueño que muchos soñamos, tiene como antecedentes la cultura-movimiento de la no-violencia que sostiene que cuando una persona comete una violación a la ley de la comunidad, no se la pena sino que se le hace ver el error, de tal manera se entiende que la desviación es perjudicial no sólo para los individuos involucrados directamente en el conflicto, sino para la comunidad, para la familia, para los afectados, y se procura la inmediata reparación y la responsabilización del ofensor, de manera que la comunidad completa se haga partícipe de la sanación de la situación completa.²⁶⁴

De los muchos ejemplos donde se aplica la justicia restaurativa como una apuesta para la resolución de conflictos, llama la atención estas referencias por su conexión con uno de los grandes líderes pacifistas de nuestra historia,

“Comunidades originarias de Nueva Zelanda y de algunas partes de África que siguen la filosofía del Ubuntu, se rigen por estos principios restaurativos de manera tal, que frente al hecho de que alguien en la comunidad se convierte en un ofensor, toda la comunidad se moviliza para restaurar todo lo que haya sido ofendido o roto o herido del sistema [...] esta filosofía y el ejemplo testimonial de Nelson Mandela y de Desmond Tutu, fue lo que permitió ese gran acto de Sanación Colectiva que se auspició por la Comisión de la Verdad en la Reconciliación de Sudáfrica.”²⁶⁵

En tanto la vida de los humanos es a través de las relaciones y en tanto sigamos siendo seres sociales con relaciones constantes, incluso hasta algo tan sencillo como la reproducción y perpetuación de la especie, habrá conflictos, sin embargo, la apuesta desde los movimientos no violentos y la justicia restaurativa es que el conflicto pueda ser abordado de manera tal, que no genere violencia. Que aprendamos a mirarnos a tratarnos de otra manera, para lo cual tenemos que desaprender los modos violentos, que no tengamos que recurrir a ellos para tratar de modificar conductas que muchas veces son producto de otras violencias. De

²⁶³ *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Pividori, Ariel (coordinador), Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p.7.

²⁶⁴ Paillet, Marta, *op. cit.* p. 32.

²⁶⁵ *Idem*

esta forma, el movimiento de la no violencia es una filosofía de vida, política, ética y social profundamente humanista que tienen como base el respeto a la dignidad de las personas, que reconoce en ellas su capacidad de transformación y redención y la habilidad de los seres humanos para construir convivencia pacífica y de elegir el amor y no el odio. Vista desde esta perspectiva la justicia penal,

“El conflicto es una oportunidad de cambio [...] y lo restaurativo tiene ese poder, reconocer lo que hemos hecho mal, lo que no estamos trabajando para lograr una cultura de paz. La construcción es productiva, y es un modelo de restauración y recuperación, de perdón y de transformación. Hablar en forma no adversarial hasta entendernos, para lograr que la sanación de vínculos, se instale en las distintas actividades de la cultura humana.”²⁶⁶

Así,

“[...] el sistema penal no puede ser un obstáculo a la superación del conflicto y al encuentro entre infractor–comunidad–víctima. Una reacción diferente y menos violenta debe ser posible en todo momento, y debe ser intentada en todo momento.”²⁶⁷

Por ello,

“El ideal es fomentar el poder de una comunidad restaurativa de paz, abandonar el odio que hoy se tiene, para reducir la violencia y crear procesos de sanación; fomentando la participación responsable en la solución de los conflictos. En el firme convencimiento que sectorizar y excluir nos está conduciendo a la destrucción como raza humana, optamos de manera definitiva por bregar por una sociedad inclusiva, donde el diálogo y la comprensión de las diferencias nos lleve a poder convivir en forma pacífica.”²⁶⁸

CAPÍTULO III. Un nuevo paradigma

Etimológicamente la palabra “paradigma” proviene del griego παράδειγμα [*parádeigma*] que en griego antiguo significa "modelo" o "ejemplo". A su vez se divide en dos vocablos παρά [*pará*] ("junto") y δείγμα [*deigma*] ("ejemplo" o "patrón") entonces “paradigma” significa algo así como “resultado de mostrar lo que está junto” o, dicho de otra forma, es el “ejemplo de elementos que siguen algún patrón, diseño o modelo”, lo que sin duda tiene una relación con “ejemplo, modelo o patrón.”

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 31.

²⁶⁷ Lewis, Juan, *op. cit.* 24.

²⁶⁸ Pivideri, Ariel (coordinador), *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, p. 10.

La idea de la justicia restaurativa como un nuevo “paradigma” es sobre todo impulsada por Howard Zehr y fue de él de quien la retomé para esta tesis, por medio de argumentos bien robustecidos y sumamente interesantes, plantea que la justicia restaurativa no sólo es un modelo de justicia penal alternativo, sino un cambio de enfoque, de mirada, de entendimiento del mundo, una manera distinta de acercarnos a la realidad. Este trabajo de tesis comparte en absoluto su visión de la justicia restaurativa y por ende de la vida misma, justamente como “un cambio de paradigma”, de este modo, por la importancia que tiene en este trabajo, incluso al grado de titularse así la tesis misma, ahondaré brevemente sobre el planteamiento de Howard Zehr, la justicia restaurativa como un nuevo paradigma.

Durante el siglo pasado, nos hemos vuelto más modestos de lo que alguna vez fuimos acerca de lo que sabemos con certeza. Estamos menos confiados de que el conocimiento que creemos tener del universo nos retrata fidedignamente una realidad objetiva externa a nosotros. Perspectiva históricas e interculturales nos han ayudado a ver cuánta de nuestra visión del mundo, está formada por el lente particular a través del cual vemos. Esto ha llevado a reconocer que lo que creemos conocer como realidad es a menudo más compleja y problemática de lo que aparenta en superficie. Por ejemplo, en el mundo de las ciencias físicas, hace un tiempo, parecieron prometer una certeza a cerca de la naturaleza y la estructura de la realidad. Sin embargo, desde finales del siglo XX, los científicos están menos confiados de que sus imágenes de realidad de verdad reflejen el universo físico, de tal manera que hoy las ciencias tienden a confirmar ciertos límites a nuestro entendimiento de la realidad. Los científicos se están dando cuenta de que trabajan con modelos o “paradigmas” en vez de reproducciones fotográficas de la realidad.²⁶⁹

Antes del siglo XVII, el saber occidental del mundo fue gobernado por la concepción Ptolomeica, se sabía que la tierra estaba en el centro del universo físico, la gente generalmente estaba de acuerdo con que esta concepción del mundo presentaba una imagen precisa del universo, era el sentido común y todo lo que no encajara en esta perspectiva parecía inexplicable, hasta la revolución científica de Copérnico y Newton que creó una nueva imagen del mundo y que ha moldeado nuestro entendimiento hasta la era actual, poniendo el sol al centro y a la tierra como otro más de los planetas. Sin embargo, a pesar de nuevo paradigma post revolución científica que dominó por varios siglos y evolucionó la física, hoy se sabe que las leyes de Newton no sirven para explicar cuando las cosas son muy pequeñas, o cuando comienzan a moverse a velocidades muy altas, similarmente en el campo de la genética las premisas newtonianas no sirven, en este campo en lugar de ser “leyes” son “probabilidades”. Así mismo, en el espacio exterior a altas velocidades, los conceptos de “sentido común” de tiempo y espacio resultan inadecuados y

²⁶⁹ Cfr. Zehr, Howard, *Cambiando de lente...*, op. cit. p. 82.

en ese mundo la física de Einstein sustituye a la de Newton y se necesita empezar a usar una diferente imagen del mundo.²⁷⁰

“Leshan y Margenau clarifican y amplían lo que los filósofos de ciencia han dicho desde hace mucho tiempo. Nuestras definiciones de la realidad, en una cultura en particular y era específica, son formas de construir la realidad [...] son imágenes de la realidad moldeadas por nuestras suposiciones y necesidades particulares y pueden ser incompletas.”²⁷¹

De ahí que,

“Los paradigmas moldean nuestra concepción no solo del mundo físico, sino también del social, psicológico y filosófico. Proveen el lente a través del cual entendemos los fenómenos. Determinan cómo resolvemos los problemas. Moldean lo que ‘sabemos’ ser posible e imposible. Nuestros paradigmas forman nuestro sentido común y todo lo que salga del paradigma nos parece absurdo. Nuestros paradigmas son marcos que nos ayudan a construir la realidad y nuestro concepto retributivo de la justicia es una de estas construcciones. Este paradigma retributivo de la justicia es una forma particular de organizar la realidad. Este paradigma moldea cómo definimos los problemas y lo que que reconocemos como soluciones apropiadas. Se vuelve sentido común. Sin embargo, es de hecho, un paradigma. Como todos los paradigmas, es también una trampa.”²⁷²

Como en las ciencias físicas, a pesar de que la instalación de los paradigmas en el sentido común de las personas, en el entendimiento del mundo mismo, en forma en la que leemos y afrontamos la realidad, incluso invade nuestras posibilidades del solo hecho de plantearnos la salida de *ese paradigma*, como (regresando al ejemplo de las ciencias físicas) sucedió con Isaac Newton, quien ensambló las piezas de un paradigma tan completo, tan lógico, que no podía ser evadido, al punto de que la física newtoniana permitió que el universo copérnico funcionara, haciendo posible un nuevo paradigma. Sin embargo, “nuestro entendimiento de lo que es posible e imposible, basando en nuestras construcciones de la realidad, estas construcciones pueden y, de hecho cambian.”²⁷³ En efecto “un modelo o paradigma reemplaza a otro, causando entonces una revolución en la forma en que vemos y entendemos el mundo.”²⁷⁴ Y así, como sugiere Kuhn, los paradigmas o las forma en la que entendemos los fenómenos es gobernada por un modelo particular, un paradigma que se vuelve válido para una época determinada y luego evoluciona.

²⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 84

²⁷¹ *Idem*

²⁷² *Ibidem*, p. 85.

²⁷³ *Ibidem*, p. 87.

²⁷⁴ *Idem*

En este punto, habría que tener cuidado de no caer en el error, o en todo caso observarlo y hacer conciencia del mismo, pues, puede existir una tendencia hacia tratar de rescatar el modelo inventando epiciclos y reformas para enmendarlo. De hecho este es el conflicto eterno de la justicia restaurativa, y los distintos puntos de vista de su naturaleza, los teóricos así se preguntan si la justicia restaurativa es una justicia que coexiste, suple o minimiza a la justicia penal tradicional, sin entrar ahora a esa discusión, hay quienes hablan de que solo es reformista o quienes defienden que es o debería ser profundamente radical y en ese sentido, cambiar el paradigma, esta tesis comulga con esta última propuesta.

Ahora bien, Randy Barnett sugiere que la historia de nuestro paradigma de justicia muestra algunos de síntomas de cambio de paradigma. Como la revolución científica del siglo XVII, por ejemplo, se ha reconocido que el paradigma de justicia dominante tiene ciertas insuficiencias y disfunciones y a pesar de que se han usado “epiciclos” para enmendarlo, el sentido de disfuncionalidad se está volviendo tal que no existen remedios fáciles para enmendarlo.²⁷⁵ A modo de ejemplo, enunciaremos algunas de las principales cambios en el modelo retributivo para entender que incluso algunas transformaciones fueron evolutivas y con base en premisas garantistas,

“En las primeras aplicaciones del modelo retributivo, el castigo era severo. No había garantías contra el abuso, ni ninguna relación entre la severidad de la ofensa y el castigo infligido. La idea del castigo proporcional fue un invento de la Ilustración que hizo el castigo más racional. La idea era que si se podía ajustar la severidad del castigo según la gravedad del crimen, entonces sería menos arbitrario, menos al antojo de los poderosos y por lo tanto, el castigo más lógico.

Las prisiones se volvieron populares porque presentaban condiciones y contextos muy favorables para aplicar castigos proporcionales. Las sentencias a prisión se miden en términos de tiempo y se pueden ajustar para emparejarlas con el crimen. Pueden verse como científicas y lógicas. En una época en la que la ciencia y la racionalidad eran tan importantes, el castigo proporcional era una manera razonable de reforzar el paradigma del castigo. Los períodos de la condena a prisión se prestaban para la aplicación del concepto ‘científicamente’.

Otros epiciclos han sido contruidos. La rehabilitación, por ejemplo, gobernó los esquemas de sentencias durante la primera mitad del siglo XX. Trajo una nueva racionalidad al castigo. En la década de 1960, sin embargo, la rehabilitación se descartó como modelo y se abandonaron las sentencias indeterminadas que eran parte de ese ‘tratamiento’. Ese epiciclo fue

²⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 90.

reemplazado por la filosofía del 'justo merecido', la cual sirve de base para la legislación que exige sentencias obligatorias y definidas tan generalizadas hoy.

La búsqueda de alternativas a prisión representa aun otro intento más de parchar el paradigma. En vez de buscar alternativas al castigo, los movimientos alternativos ofrecen castigos alternativos."²⁷⁶

Y entonces llega la pregunta central: ¿Cómo debemos imaginar la justicia? ¿Queremos a la diosa de ojos vendados con balanza en mano simboliza la naturaleza impersonal, ciega y sistemática del paradigma contemporáneo? ¿Cuál es nuestra alternativa?²⁷⁷ Y como Howard Zehr que no quita el dedo del renglón sobre el argumento de que "la fuente de muchas de nuestras falacias es el lente a través del cual vemos el crimen y la justicia, y este lente es una construcción particular de la realidad."²⁷⁸ Hay que cambiar el lente, hay que ampliar la visión, sobre todo, salirnos de los recortes artificiales, poco contextualizados y poco cercanos de la realidad que construye el retribucionismo.

En ese sentido, el autor propone algunos cambios fundamentales que representa le nuevo paradigma en contraste con el anterior y que a manera de cierre de este apartado transcribo a continuación.

El lente restaurativo, el nuevo paradigma propone: Resolver el problema es lo básico; Se enfoca en el futuro; Las necesidades son principales; En el proceso el diálogo es normativo; Busca concordancias; La restauración y la reparación son normativas; Se enfoca en reparar heridas sociales; Daño por el agresor se corrige enmendando el daño; Las necesidades de la víctima son centrales; La víctima y el agresor son elementos clave; Se les provee información a las víctimas; La restitución es normal; las víctimas tienen oportunidad de contar su "verdad"; El sufrimiento de las víctimas es lamentado y reconocido; El ofensor tiene un rol en la solución; Se reconocen los roles de la víctima, el agresor y la comunidad en las respuestas; El agresor tiene responsabilidad en la resolución; Se alienta la conducta responsable; Rituales de lamento y reordenamiento (reparación); Se denuncia el daño; Se incrementa la integración del agresor con la comunidad; El proceso busca la reconciliación; La respuesta se basa en las consecuencias del comportamiento del agresor; Se motivan el arrepentimiento y el perdón; La víctima y el agresor son centrales; está disponible la ayuda profesional; Se motiva la reciprocidad y la cooperación; El contexto total es pertinente; Los resultados ganar-ganar son posibles; El ofensor se ve de una manera integral; Sentido de balance a través de la restitución; El balance se obtiene al valorar a la víctima y al ofensor

²⁷⁶ *Idem*

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 182.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 91.

La justicia se prueba por sus resultados (“frutos”); La justicia vista como relaciones sanas; La relación víctima-ofensor es central.²⁷⁹

El lente retributivo, el viejo paradigma propone: Fijar la culpa es lo básico; Se enfoca en el pasado; Las necesidades son secundarias; El proceso se ve como una lucha, es confrontacional; Enfatiza diferencias; La imposición del dolor es normativa; Se inflige una herida social tras otra; El daño por el agresor se corrige dañando al agresor; Se enfoca en el agresor, muy poco en la víctima; El Estado y el agresor son elementos clave; Las víctimas carecen de información; La restitución es rara; La “verdad” de las víctimas es secundaria; El sufrimiento de las víctimas no se toma en cuenta; Acción del Estado contra el agresor para imponer la justicia, el ofensor es pasivo; El Estado monopoliza la respuesta a los delitos; El agresor no tiene responsabilidad en la resolución; El resultado motiva la irresponsabilidad del agresor; Rituales de denuncia personal y exclusión; Se denuncia al agresor; Los lazos del agresor con la comunidad se debilitan; El agresor se ve en fragmentos, la ofensa lo define; Sentido de balance a través de la retribución; El proceso aliena; La respuesta se basa en el comportamiento previo del agresor; Se desalientan el arrepentimiento y el perdón; Los profesionales son los principales actores; Se motivan valores competitivos e individualistas; No toma en cuenta el contexto social, económico y moral de la conducta; Supone resultados de ganar-perder; El balance se obtiene al disminuir al ofensor; La justicia se prueba por la intención y el proceso; La justicia vista como el debido proceso; No valora la relación víctima-ofensor.²⁸⁰

Dicho lo anterior, en los apartados siguientes nos centraremos en dos temas principales que son ejes torales del cambio de paradigma que representa la justicia restaurativa y que constituyen elementos esenciales de la propuesta, premisas que rompen radicalmente (de raíz) con el viejo paradigma: la reparación del daño y la relación-concepción sobre las víctimas-victimarios en un conflicto delictivo.

1. Reparación del daño

La reparación del daño es uno de los ejes fundamentales, la “columna vertebral” de la justicia restaurativa, hay quienes incluso la consideramos como la esencia de la justicia restaurativa, elemento fundamental en la concepción del nuevo paradigma. Tan relevante es la reparación del daño para la justicia restaurativa, que incluso hay autores que dicen que deberíamos hablar de “ley reparadora”, de ahí que investigadores como Herman Bianchi han sugerido que el crimen debe ser definido en términos de daño, y que en lugar de ley criminal debe

²⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 206.

²⁸⁰ Cfr. *Idem*

haber ley reparadora, “así, [el malhechor] ya no es un hombre o una mujer malintencionado, sino simplemente un deudor, una persona cuyo deber humano es hacerse responsable de actos, y asumir el deber de reparación.”²⁸¹

En este apartado hablaremos desde la doctrina de ello, para después en el capítulo III profundizar en su marco regulatorio, junto con el resto de la legislación que existe en materia de justicia restaurativa. Aunque es verdad que,

“La práctica de obligar al individuo antisocial al resarcimiento de los daños ocasionados por su conducta reprochable se hace evidente en varias culturas y sus codificaciones [y que] resultaba imperante que el daño sufrido de manera indebida fuera subsanado, aún contra la voluntad del agresor.”²⁸²

Es con la justicia restaurativa, en contra posición con la justicia tradicional, que se retoma como elemento indispensable de la resolución de los conflictos delictivos, así, Zehr apunta “la reparación del daño es el meollo de la justicia. No es marginal, ni una actividad opcional. Es una obligación.”²⁸³ En este sentido la justicia restaurativa se conceptualiza como aquella “[...] que busca primero satisfacer necesidades y reparar el mal, bastante diferente de la justicia que tiene la culpa y el dolor como su esencia.”²⁸⁴ De tal forma que, “en vez de definir la justicia como la retribución, definiremos la justicia como la restauración. Si el crimen lesiona, la justicia atenderá las lesiones y promoverá la sanación. Los actos de restauración - no otro dolor- contrapesarán el daño del crimen.”²⁸⁵ Por lo tanto, “la reparación del daño, es en sí, una forma de reivindicación, una forma que puede promover la sanación mejor que la retribución,”²⁸⁶ sin embargo desde el lente restaurativo se habla “de reparación en el sentido más amplio de la palabra, como una forma de devolver a la víctima y a la sociedad algo bueno por lo malo que hizo.”²⁸⁷

Así,

²⁸¹ Herman Bianchi, “Abolition: Assensus and Sanctuary”, en Hernan Bianchi y René Swaaningen (editores), *Abolitionism: Toward a Non-Repressive Approach to Crime*, Free University Press, Amsterdam, 1986, p. 117.

²⁸² Macedonio, Carlos; Carballo, Lucely, “La justicia restaurativa como uno de los fundamentos para la reparación del daño por el delito causado a la víctima u ofendido” en *Revista IUS*, vol. 14, no.46 jul/dic 2020, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2020, p. 310.

²⁸³ Zehr, Howard, *op. cit.* p. 190.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 204.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 180.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 186.

²⁸⁷ Domingo, Virginia, “Dos puntos reelevantes para la justicia restaurativa”, 2023, disponible en: <https://www.lajusticiarestaurativa.com/dos-puntos-relevantes-para-la-justicia> (última vez consultado mayo, 2023).

“La justicia restaurativa es una teoría de la justicia que busca poner énfasis en la reparación del daño causado por una conducta delictiva, busca superar la lógica del ‘castigo’ o la justicia basada ‘en el dolor’, proponiendo que las partes pueden llegar a una solución dependiendo de la gravedad del delito. Contempla al delito de un modo distinto al de la justicia retributiva, enaltecida en el sistema justicia.”²⁸⁸

Antes de profundizar en el tema, vale la pena aclarar, como bien dice Virginia Domingo que en ningún momento habría que caer en error de decir “la reparación del daño ya está contemplada en el derecho tradicional”, pues, aunque sea parcialmente cierto, hay diferencias radicales entre la concepción del daño desde el enfoque restaurativo y el enfoque retributivo, para empezar, “tanto la retribución como la restitución tienen que ver con encontrar un balance. Sin embargo, aunque ambos tienen una importancia simbólica, la restitución es una forma más concreta de restaurar la equidad. La retribución, también, busca corregir el balance llevando al ofensor al mismo nivel al que la víctima fue reducida.”²⁸⁹

Además, y fundamentalmente,

“Mientras la reparación del daño desde un punto de vista jurídico-penal estricto intenta armonizar el equilibrio entre las partes a través del pago de una a otra. Un proceso de justicia restaurativa a menudo, concluye con un acuerdo de reparación material del daño muy similar a la teoría general de daño, pero lo realmente novedoso es que un proceso restaurativo debería finalizar siempre con un acuerdo reparatorio en sentido amplio, y es que cuando se habla de Justicia Restaurativa, la reparación debe ir más allá de la teoría general (compensar económicamente el daño), el contenido de la reparación es más profunda y su valor es ante todo ético, moral y social.”²⁹⁰

Dicho lo anterior, para inmiscuirnos en la reparación del daño, como elemento fundamental de la justicia restaurativa, primero es indispensable entender cómo la justicia restaurativa entiende el crimen o al delito y a partir de ahí colocar las preguntas correctas que se hacen desde el enfoque restaurativo, para entender cómo la reparación del daño de la justicia restaurativa soluciona y arregla conflictos.

Como lo he planteado a lo largo de este escrito, sin duda, uno de los elementos fundamentales de la justicia restaurativa es la concepción que tiene de las partes involucradas en el conflicto, de la cárcel como una institución opresora, reproductora y

²⁸⁸ Saucedo, José Benito; Zaragoza, José, *op. cit.* p. 640.

²⁸⁹ Zehr, Howard, *op. cit.*, p. 186.

²⁹⁰ Domingo, Virginia, “Reparación o restauración”, 2023, disponible en: <https://www.lajusticiarestaurativa.com/reparacion-o-restauracion> (última vez consultado, mayo 2023).

amplificadora de desigualdades, en este punto, nos centraremos sobre todo en la renovada concepción que se propone del crimen o de los delitos. Sin duda uno de los autores con los que más comulgo sobre su concepción del crimen para el nuevo enfoque es Howard Zehr, por lo tanto, haré uso de su teoría sobre todo para este apartado. De esta forma, el autor propone entender el crimen²⁹¹ como un daño, una lesión, una agresión o un perjuicio contra las personas y las relaciones y sugiere afortunadamente como una manera para salir del retribucionismo, “bajar la definición del crimen de su alto nivel de abstracción. Esto significa entenderlo como [...] un perjuicio y como una agresión a las personas y a las relaciones. La justicia debe, entonces, enfocarse en reparar, en enmendar el daño.”²⁹²

Así,

“En la justicia restaurativa se entiende el crimen como una agresión contra las personas y las relaciones. Crea obligaciones de reparar el daño causado. La justicia incluye la participación de la víctima, del ofensor y de la comunidad en busca de soluciones que promuevan reparar y reconciliar.”²⁹³

De esta manera,

“Un daño es un mal, perjuicio o menoscabo causado por una persona a otra u otras. Este deterioro, puede ser material o moral, el primero consiste en un menoscabo pecuniario al patrimonio de una persona, mientras el segundo, es la afectación sufrida en los sentimientos, creencias, reputación, en la vida privada o en la consideración que tiene los demás de dicha persona.”²⁹⁴

Nimrod Champo sostiene que, desde el punto de vista jurídico, el daño se puede clasificar en tres tipos: el causado en el patrimonio, en la integridad moral o en la integridad física de las personas.²⁹⁵

1. Daño patrimonial: pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio (conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valuación económica) de una persona ya sea física o moral, ocasionado por un agente externo.
2. Daño moral: afectación de valores no apreciables en dinero, extrapatrimonial o de carácter no económico. Savatier lo define como todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria, o un sufrimiento moral de origen diverso, en el que la víctima sufre principalmente en su reputación, en su autoridad legítima, en su

²⁹¹ La palabra “crimen” se usa sobre todo en contextos anglosajones.

²⁹² Zehr, Howard, *op. cit.* p. 173.

²⁹³ *Ibidem* p. 174.

²⁹⁴ Saucedo, José Benito; Zaragoza, José, *op. cit.* p. 649.

²⁹⁵ Champo, Mihael, *Justicia Restaurativa. Su injerencia en el proceso penal*, Tirant, México, 2019, p. 249.

pudor, o en su seguridad, en su amor propio estético, en su integridad intelectual, afecciones, etc. Otra definición del daño moral importa una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.

3. Daño físico: lesión o daño corporal, en su definición clásica, toda alteración anatómica o funcional causada por agentes externos. Y desde el punto de vista médico-legal, toda alteración física, mental o psíquica, causada por agentes mecánicos, físicos, químicos, biológicos, derivados de una causa exógena, tenga o no carácter doloso.

En este mismo sentido, Virginia Domingo apunta “los que nos dedicamos a la justicia restaurativa y en general, todos nosotros sabemos que el ser humano, sufre muchos daños, no solo los materiales y por eso es necesario un acto que compense o mitigue el dolor moral y/o psicológico, que se ha causado.”²⁹⁶

Por lo tanto, la cuestión es

“Si el crimen es una lesión [o un daño] ¿qué es la justicia? [...] Si el crimen daña a la gente, la justicia debe ser un esfuerzo por reparar los daños cometidos y sanar las relaciones interpersonales. Si se hace un mal, la pregunta central no debe ser ‘¿qué vamos a hacer con el ofensor?’ o ‘¿qué se merece el ofensor?’ al contrario, la pregunta básica debe ser, ‘¿qué se debe hacer para repararlo?’”²⁹⁷

Y con base en ello el punto de partida a partir de un crimen, deben ser las necesidades de los lastimados. Sin importar que el ofensor haya sido identificado o no las primeras preguntas deben ser: ¿quiénes han sido dañados? ¿cómo han sido dañados? ¿cuáles son sus necesidades? Tal enfoque estaría lejos, claramente, del enfoque de justicia retributiva que, antes que nada, se pregunta, ¿quién lo hizo? ¿qué se merece? - y entonces pocas veces de ahí pasa. -²⁹⁸ Debe quedar claro que,

“La justicia restaurativa no niega que el delito afecta a la sociedad, pero afirma que esa dimensión pública no debe ser el único punto de partida para resolver qué debe hacerse. El delito, más que la violación a una regla legal de conducta, es una violación o ataque de una

²⁹⁶ Domingo, Virginia, “Enmendar el daño con la justicia restaurativa”, 2023, disponible en: <https://www.lajusticiarestaurativa.com/enmendar-el-dano-con-la-justicia> (última vez consultado mayo, 2023).

²⁹⁷ Zehr, Howard, *Cambiando de...*, op. cit. p. 181

²⁹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 185

persona a otra persona. No interesa tanto el derecho abstractamente violado si no el hecho concreto de que una persona fue lesionada por las acciones ilícitas de otra, y es ese daño el que debe ser reparado.”²⁹⁹

Finalmente,

“Enmendar el mal causado requiere, por tanto, que tratemos tanto los daños como las causas del delito. Y es que los infractores tienen la obligación de tratar las causas de su comportamiento, pero generalmente no pueden hacerlo solos. Pueden existir obligaciones de mayor alcance, que trascienden a las de los ofensores, por ejemplo, las injusticias sociales y otras condiciones que engendran y perpetúan el delito o crean condiciones de inseguridad. Si queremos tratar los daños y las causas, entonces debemos explorar los daños sufridos por los propios infractores. En alguna ocasión, el infractor fue víctima en su día.”³⁰⁰

De esta forma, cambia por completo el propósito perseguido por la justicia penal, pues tanto el castigo como la reparación buscan comunicar un mensaje, radicalmente opuestos entre ellos. Mientras el objetivo del castigo es decirles a los ofensores: “no cometas crímenes porque son infracciones de la ley, aquellos que infringen la ley merecen sufrir”, la reparación, en cambio, busca decir: “no cometas ofensas porque lastimas a otro. Aquellos que lastiman a otros tienen que enmendar sus errores.”³⁰¹

Finalmente, el concepto del crimen con lente restaurativo, no sólo define al crimen como daño hecho a las personas y a las relaciones, sino que establece que el crimen está relacionado con otros daños y conflicto, por lo tanto pone al centro los derechos y las necesidades de las víctimas, las dimensiones interpersonales, pero también la naturaleza conflictiva del crimen, entendiendo la ofensa en el contexto completo: moral, social, económico, político y tomando en cuenta las heridas del ofensor.³⁰²

Ahora bien, entendiendo la dimensión de los delitos y la concepción de los mismos, podemos entonces hablar de cómo se concibe la reparación. En primer lugar,

“En la teoría de la justicia restaurativa, reparar no significa, como en la teoría general del derecho de daños, *compensar económicamente el daño causado*; la reparación tiene un valor mucho más profundo; sobre todo, tiene un ‘espectro ético que la hace más compleja que el

²⁹⁹ Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 275.

³⁰⁰ Domingo, Virginia, “Enmendar el daño con la justicia restaurativa”, 2023, disponible en: <https://www.lajusticiarestaurativa.com/enmendar-el-dano-con-la-justicia> (última vez consultado mayo, 2023).

³⁰¹ *Cfr.* Zehr, Howard, *Cambiando de..., op. cit.* p. 192.

³⁰² *Cfr. Ibidem.* p. 179.

mero resarcimiento'; por eso, sobrepasa la idea de reparación material entre dañador y dañado."³⁰³

Es decir, una de las principales diferencias respecto a la reparación del daño de la justicia penal tradicional, es que en la justicia restaurativa la reparación no *sólo* se trata de dinero, aunque puede tener una dimensión pecuniaria, no termina, ni empieza ahí y trasciende por mucho a esta concepción limitada de la reparación.

Aunado a lo anterior, entender la reparación como una sanción meramente económica representa, de nueva cuenta, una solución poco resolutive, nada profunda y elitista de los conflictos delictivos, caeríamos en una nueva exclusión y marginación al delincuente si la persona privada de la libertad, por ejemplo no tiene ingresos ni recursos para resarcirle a la víctima su daño, a pesar de ser sentenciado a ello.³⁰⁴ Con esto no se quiere decir que ninguna reparación del daño pueda tratarse de dinero, ni mucho menos, eso lo tendría que decidir el juzgador caso por caso, es sólo una aclaración más de la distancia que existe entre la concepción retributiva de la reparación que, (en el mejor de los casos) se entiende meramente desde la lógica indemnizatoria, mientras el enfoque restaurativo rebasa por mucho esta idea parca de reparación.

Dicho lo anterior, otras de las fundamentales diferencias con respecto a la justicia tradicional penal, que consagra otras de las particularidades específicas de cómo la justicia restaurativa entiende la reparación del daño es que,

“En otros términos, la reparación del dañador a la víctima es el punto de partida de una transformación más profunda de las relaciones sociales en juego. Esta perspectiva reconoce la confluencia de varios principios desde que la reparación intenta, al mismo tiempo, recuperar el papel de la víctima en el proceso, consolidar la función pacificadora del derecho penal, y resocializar al delincuente.”³⁰⁵

Dado que la justicia restaurativa entiende el crimen como producto de circunstancias desfavorecidas que finalmente se desencadenaron en un conflicto delictivo, en términos restaurativos, la justicia no busca solo “restituir”, “restablecer” o “regresar las cosas a la situación anterior al crimen”, producto de un “derecho subjetivo del ofendido, para ser resarcido de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal,”³⁰⁶ es decir conservar el *statu quo* que precedió al crimen, de

³⁰³ Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 303.

³⁰⁴ Cfr. Champo, Mihael, *Justicia Restaurativa. Su injerencia en el proceso penal*, Tirant, México, 2019, p. 86.

³⁰⁵ Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 304.

³⁰⁶ Saucedo, José Benito; Zaragoza, José, *op. cit.* p. 650.

esta manera, pues ¿si la justicia restaurativa tuviera por objeto restaurar a la víctima e infractor al estado anterior al delito? ¿no resultaría incluso para la persona ofensora inútil y peligroso devolverlo a la situación anterior a cometer el delito?³⁰⁷ Así, por ejemplo

“Milburn sostiene que la reparación no consiste, esencialmente, en que el joven contribuya a volver las cosas al estado en que se encontraban antes de ocasionar el daño, si no a que vuelva a encontrar la paz con el ambiente social y que se restaure el lazo roto con la sociedad y sus normas [tampoco] se trata de borrar el acto trasgresor sino de reconocerlo.”³⁰⁸

Pues, tal como como estipula Virginia Domingo,

Otros piensan en justicia restauradora y opinan que trata de devolver a víctima e infractor a una situación anterior al delito frente a esto, yo me opongo totalmente sobre todo si hablamos de delitos graves, por un lado devolver al infractor a una situación anterior, implicaría dejarlo en condiciones personales, sociales y psicológicas que claramente le ponen en riesgo de cometer un delito.³⁰⁹

La misma autora desde esta preocupación con enfoque reastaurativo, sugiere tres hipótesis tratándose del tipo del infractor,³¹⁰

“Veamos, si hablamos de un infractor ocasional, que en un momento dado comete un delito, esto podría ser beneficioso, porque intentaríamos devolverlo a una vida normal o al menos, dentro de una cierta normalidad, en la que el crimen ha sido algo esporádico [...] No obstante, lo ideal no sería precisamente devolverlo a sus circunstancias anteriores, lo importante sería transformar su actitud y comportamiento anterior, haciéndolo mejor persona o un persona nueva a través de valores restaurativos como la empatía, diálogo y la comunicación no violenta. Se trataría de eliminar o cambiar el impulso que le llevó a cometer el hecho delictivo, aunque fuera ocasional y no reiterativo. Hacer lo contrario sería desaprovechar la oportunidad de transformar las relaciones sociales del infractor y su actitud para con su entorno.

Y, si pensamos en un infractor con una larga trayectoria delictiva, el restaurarlo a una situación anterior al delito, no lo ayudará a reinsertarse, a reconectar de nuevo con la sociedad porque directamente lo devolvemos a su vida cotidiana, en la que por sus

³⁰⁷ Cfr. Domingo, Virginia, “La justicia restaurativa implica más transformación que restauración”, 2023, disponible en <https://www.lajusticiarestaurativa.com/la-justicia-restaurativa-implica-mas>, (última vez consultado marzo, 2023).

³⁰⁸ Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 306

³⁰⁹ Domingo, Virginia “Reparación o restauración”, 2023, disponible en: <https://www.lajusticiarestaurativa.com/reparacion-o-restauracion> (última vez consultado: mayo 2023)

³¹⁰ Aunque se utilizan muchos términos, “infractor” es el que utiliza Virginia Domingo para referirse al “victimario”.

circunstancias personales y sociales, se ha visto abocado al delito. Con esta afirmación, lo estamos condenando a volver a una situación y circunstancias que no van a transformar su vida y su comportamiento ante el delito. Le abandonamos y le ponemos de nuevo en el inicio de una nueva partida, en la que las condiciones no han cambiado y sus posibilidades de no cometer un nuevo delito, son prácticamente nulas.”³¹¹

En palabras de Zehr “la justicia puede involucrar más que solo rellenar un hoyo y aplanarlo [sin embargo] se necesita rellenarlo hasta que se desborde.”³¹² De esta forma,

“[El desbordamiento] es de lo que se trata la justicia. No es el abordaje legalista al extremo de la justicia al que nos referimos. Tampoco hablamos de la balanza de la justicia. Estamos hablando de una situación donde se ha hecho la verdadera justicia, lo que ha resultado en una nueva realidad. Algo que no deje a las personas menos vacías, ni precisamente al tope, sino copadas y desbordantes para que salgan a compartir la justicia con sus vecinos y allegados. Tal vez el problema con el abordaje legalista actual de la justicia es que no deja copadas a las personas, lo que les deja sin ninguna justicia para compartir con los demás.”³¹³

Bajo esta lógica, también se habla de “reparación transformadora”, concepto acuñado en la sentencia de Campo Algodonero vs. México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH).

“La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (supra párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación.”³¹⁴

Bajo esta misma lógica, Virginia Domingo establece de manera muy acertada que la reparación tiene dos dimensiones:³¹⁵

³¹¹ Domingo, Virginia, “La justicia restaurativa implica más transformación que restauración”, 2023, disponible en <https://www.lajusticiarestaurativa.com/la-justicia-restaurativa-implica-mas> (última vez consultado: marzo, 2023).

³¹² Zehr, Howard, *Cambiando de lente*, op. cit. p. 183.

³¹³ *Ibidem*, p. 184.

³¹⁴ González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), Sentencia 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 450.

³¹⁵ Cfr. Domingo, Virginia, “Enmendar el daño con la justicia restaurativa”, 2023, disponible en: <https://www.lajusticiarestaurativa.com/enmendar-el-dano-con-la-justicia> (última vez consultado abril, 2023).

1. El tratamiento de los daños ocasionados.
2. El tratamiento de las causas de estos daños, incluidos aquellos daños del pasado que contribuyeron a engendrar los actuales. Es decir debe intentar valorar cuales han sido las causas del delito e incidir sobre ellos para que el victimario no vuelva a delinquir.

Ahora bien, para que pueda llevarse a cabo una reparación del daño, algunos autores sostienen que se requieren los siguientes elementos:³¹⁶

- a) La destrucción, mal, degradación, menoscabo, ofensa o dolor provocado a una cosa, persona o moral de alguien.
- b) Que el daño sea realizado sin mediar derecho alguno para ello.
- c) El daño proviene de la acción del hombre, es decir, de un acto o hecho humano y
- d) Es independiente de la intención del responsable.

Con base en lo anterior, hay quienes plantean distintas formas en las que la reparación del daño puede actuar, aunque en esta tesis el planteamiento compartido con varios teóricos es la sustitución total del castigo por reparación, comparto otros planteamientos que además se acercan más al modelo que tenemos en nuestro sistema de justicia penal actual, en ese sentido, Roxi plantea en su proyecto alternativo “ se contempla la reparación en tres formas distintas: la sustitución de la pena, la suspensión de la pena y la atenuación de la pena. La reparación como sustitutivo de la pena es la aportación más novedosa para el Derecho Penal.”³¹⁷

Sin detenernos demasiado en lo anterior, partiendo de que “la justicia restauradora es más amplia que la reparación prevista en el sistema penal [...] y la reparación más amplia que el pago de responsabilidad civil, se admite la reparación simbólica (en forma de disculpas, o trabajos o prestaciones en favor de la víctima o la comunidad),”³¹⁸ lo que interesa sobre todo es entender la diferencia que hace la doctrina entre los tipos de reparación, es decir “reparación material” y “reparación inmaterial” o entre “reparación material” y “reparación simbólica”. Esto deriva de que:

³¹⁶ Cfr. Málvaez Contreras, Jorge. *La reparación del daño al ofendido o víctima del delito*, Ed. Porrúa, México, 1998, p- 723, en *Justicia restaurativa: del castigo a la reparación*, p. 650

³¹⁷ Roxin, Claus “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, en: *Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, Consejo General del Poder Judicial, España, 1991, pp. 21 y 22 en Champo, Mihael, *Justicia Restaurativa. Su injerencia en el proceso penal*, Tirant, México, 2019, p. 89.

³¹⁸ Laurrari, Elena, “Justicia Restauradora y violencia doméstica”, en el marco del proyecto *La credibilidad de las penas alternativas a la prisión*, 2005, disponible en: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325076458_Justicia%20Restauradora%20y%20Violencia%20Dom%20C3%A9stica-%20Elena%20Larrauri.pdf (última vez consultado, mayo 2023).

“Se trata de un concepto amplio de reparación que atiende no sólo al resultado sino a todo el proceso. Comprende la reparación *material* (devolver lo robado, volver las cosas al estado anterior a la destrucción de la cosa, etcétera), pero también curar la aflicción producida a la víctima, muchas veces, para ella la conciencia de la responsabilidad seguida de una demostración de arrepentimiento sincero de parte del autor es de capital importancia; la simple participación en una reunión restaurativa le da la ocasión de comunicarse directamente con el autor; a veces, respuestas a ciertas preguntas pueden traer tranquilidad (por ejemplo, ¿es que yo fui señalada, elegida específicamente para este hecho?). Investigaciones practicadas en muchos países muestran que normalmente las víctimas son menos punitivas hacia los delincuentes juveniles de lo que podría pensarse.”³¹⁹

Ahora bien, la distinción genérica entre “reparación material” y “reparación simbólica” se puede desdoblar en múltiples maneras, así por ejemplo se distingue el tipo de reparación con respecto al tipo de víctima, es decir, si se trata de una persona física (individual o colectiva) o moral (pública o privada), a la naturaleza del delito (robo, violencia, etcétera), la disponibilidad de la víctima para la reparación, “todo esto sin perder de vista que el principio de proporcionalidad y sin caer en forma de retribución disfrazada, desde el comportamiento requerido al autor no esté impuesto en función aflictiva sino reconciliativa, reparativa.”³²⁰

Casi para terminar, otra de las diferencias fundamentales con respecto a la reparación del daño de la justicia penal tradicional radica en que desde el enfoque restaurativo es importante que “el ofensor se sienta realmente responsable y muestre un arrepentimiento activo”³²¹, es decir no sólo se cumpla con la reparación como un simple trámite vacío de significado y de impacto transformador, esto requiere sin duda “de la participación activa en el proceso restaurador tanto del ofensor, como de la víctima y en su caso de terceros interesados para que las cosas lleguen a buen puerto.”³²² La ventaja del enfoque restaurativo de la reparación del daño, es incluso que

“[...] si se utiliza la reparación mediante la obtención de un ‘compromiso delincente-víctima’ (mediación o conciliación), se motiva al delincente a enfrentarse con el delito y sus consecuencias sociales, éste, aprende a admitir como justa la reparación y ve en ello una presentación socialmente constructiva.”³²³

³¹⁹ Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 304.

³²⁰ *Ibidem*, p. 308.

³²¹ *Idem*

³²² Saucedo, José Benito; Zaragoza, José, *op. cit.* p. 640.

³²³ Natanarén, Carlos y Cabballero, Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, Colección Juicios Orales, No. 3, México, UNAM, 2013, pp. 16 y 17 en Champo, Mihael, *Justicia Restaurativa. Su injerencia en el proceso penal*, Tirant, México, 2019, p. 87.

Finalmente, la verdadera reparación del daño en términos de “reparación transformadora”, conlleva tiempos y procesos, individuales y colectivos, es por ello que uno de los principales aspectos que se deben tomar en cuenta serán los tiempos posibles y deseables para que un proceso restaurativo se lleve a cabo, no es lo mismo según el delito que se haya cometido, el nivel de agravio que la víctima percibe, la disposición del ofensor, entre otros, por ello

“Ron Kraybill, ex director del Servicio Menonita de Reconciliación, nos ha recordado que la reconciliación tiene un ritmo y una dinámica muy propios. Incluso si racionalmente queremos la reconciliación, nuestras emociones pueden provocar sensaciones muy diferentes.”³²⁴

En este mismo sentido, hay dos elementos más que añadir al tema específico de la reparación, hay autores que consideran la vergüenza y perdón como parte del proceso fundamental que debe darse en un proceso restaurativo, desde mi punto de vista considero que aunque es ideal y deseable que se propicie, conlleva un grado de madurez³²⁵ muy elevado en la resolución del conflicto que puede llevar muchos años y que no lo considero indispensable para que se lleva a cabo la justicia restaurativa, sin embargo, reconozco que es interesante todo lo que se ha teorizado al respecto, sobre todo desde los enfoques restaurativos que tienen mayor influencia espiritual proveniente de alguna religión, a manera de muestra, transcribo a continuación algunos párrafos para referirme de manera somera al respecto.

Sobre la venganza se puede decir que,

“La Justicia Restaurativa debe llevar al remordimiento. Debe hacer que el infractor se avergüence, pero será una vergüenza reintegrativa, se le reprocha su delito, pero al mismo tiempo se le dice que si quiere cambiar y asumir su responsabilidad, se le va a ayudar y va a tener una segunda oportunidad, en definitiva, será mirado por lo bueno que pueda hacer desde ese momento en adelante y no por lo malo que hizo en el pasado.”³²⁶

Y sobre el perdón,

³²⁴ Zehr, Howard, *Cambiando de lente*, op. cit. p. 181.

³²⁵ Cfr. Vinyamata, Eduard, *Manual de Prevención y Resolución de Conflictos. Conciliación, Mediación, Negociación*, Ed. Ariel, España, 1999, p. 76, en Saucedo, José Benito; Zaragoza, José, “Justicia Restaurativa: del castigo a la reparación” en *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo*, Campos, Fernando, Cienfuegos, David (coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 652.

³²⁶ Domingo, Virginia, “Dos puntos relevantes para la justicia restaurativa”, 2023, disponible en: <https://www.lajusticiarestaurativa.com/dos-puntos-relevantes-para-la-justicia> (última vez consultado mayo, 2023).

“Sin el perdón y la reconciliación es difícil lograr la finalización de un conflicto, ya que se busca el perdón propio y a quienes han inflingido una ofensa. Se debe comprender lo sucedido, las circunstancias y las causas por lo que se dio el agravio, con el objetivo de lograr una liberación de los sentimientos negativos: del rencor, del odio, el temor, el deseo de venganza.”³²⁷

De esta forma, “perdonar no es fingir que no nos sucede nada o aparentar una reconciliación. Perdonar es un proceso donde se reconocen errores y se intenta corregirlos, buscando en ello, sentimientos de libertad y de paz con uno mismo.”³²⁸

“Perdonar es una transformación motivacional que inclina a la persona a inhibir respuestas destructivas en sus relaciones y a convertirlas en constructivas respecto a quien lo ha ofendido. Puede definirse en la práctica clínica como la conciliación existente entre sentimientos y pensamientos negativos y la experiencia vivida de la persona en busca de asumir su responsabilidad para integrarlos en una nueva experiencia, de carácter positivo, constructivo, que deja de lado lo negativo del sufrimiento de la persona.”³²⁹

Como sucede en general con la justicia restaurativa, es común encontrar en el imaginario colectivo oposiciones a la reparación del daño que parten de la ignorancia y de la falta de información y que consideran que poner énfasis en la reparación y no en el castigo es igual a impunidad, sin embargo lejos de eso “la sanación para las víctimas no implica que se pueda o se deba olvidar o minimizar la agresión. Más bien, implica un sentido de recuperación, un grado de cierre.”³³⁰

2. Víctimas y victimarios

Al igual que la reparación del daño, otro de los principales elementos que representa un cambio de gran trascendencia en el nuevo paradigma de la justicia restaurativa es sin duda, la forma en la que se mira a los actores involucrados en un conflicto delictivo, mientras la justicia retributiva es adversarial, binaria, dicotómica y tiende a generar “enemigos en juicio”, propiciando ideas totalitarias, blanco o negro, malo o bueno, el lente restaurativo puede ver los grises intermedios en los actores involucrados en un conflicto. De esta manera, la justicia restaurativa se hace preguntas fundamentales para entender al conflicto desde la mirada de sus actores, colocándose en otro lugar y con otro enfoque.

³²⁷ Vinyamata, Eduard, *op. cit.*, p. 652.

³²⁸ *Idem*

³²⁹ Saucedo, José Benito; Zaragoza, José, *op. cit.* p. 652.

³³⁰ Zehr, Howard, *Cambiando de lente*, *op. cit.* p. 180.

Así pues, en primer lugar, hay que decir que como hemos mencionado en este texto la justicia restaurativa occidentalizada tuvo un gran empuje desde el movimiento victimal y aunque reconozco su trascendencia y su importancia en el nuevo paradigma, por supuesto sin poner en duda lo fundamental que resulta para las víctimas de un conflicto delictivo satisfacer sus necesidades en un conflicto, esta tesis sobre todo analiza y pone el acento en los victimarios, ofensores, infractores o delincuentes.³³¹

Es desde esta mirada particularmente a partir de la cual esta tesis quiere abordar el cambio de paradigma de la justicia restaurativa. Es decir, como ya lo hemos dicho antes, en tanto la justicia restaurativa entiende el delito como el quiebre de una vida, y la justicia como una forma de sanación de todas las personas involucradas, más que la victoria para una sola. No hay partes opuestas, ambas entran en el proceso de justicia enfocadas en la rendición de cuentas, las preguntas centrales se vuelven: ¿Cómo sanamos y transformamos las relaciones y las estructuras que permitieron que se causara el daño? ¿Qué beneficios trae la justicia restaurativa para la forma en la que entendemos la resolución de los conflictos desde el punto de vista de los victimarios, ofensores o delincuentes? ¿Cómo se propone mirar el nuevo paradigma desde su visión y qué ventajas representa para esta “parte del conflicto” la justicia restaurativa?

De hecho, aunque son minoría, sí existen autores que reconocen la doble influencia en el desarrollo de la justicia restaurativa

“Se ha dicho que la justicia restaurativa es el producto de la conjunción de tres corrientes de pensamiento ideológicamente heterogéneas [...] b) la corriente que denunció los efectos devastadores del sistema penal en la vida del delincuentes y c) la que propició el desarrollo de mecanismos tendentes a exaltar los derechos del hombre y consecuentemente, también los de las víctimas.”³³²

De esta manera, en este apartado, primero, se propone tomar la perspectiva que propone el relativismo de la teoría del etiquetamiento y su insistencia en el estatus problemático del rótulo del desviado y el estigma para adentrarnos en la problematización conceptual de la roles categorizantes en un conflicto “víctima-victimario”, después ahondaremos en la propuesta de la problematización del *enfoque* de los nuevos recortes de realidad que propone la justicia restaurativa para analizar los conflictos desde los actores involucrados, para finalmente incorporar el triángulo de Galtung, como una propuesta metodológica para

³³¹ Se utilizan distintos términos para referirse a estos actores involucrados en un conflicto delictivo, normalmente yo utilizaré el de victimarios.

³³² Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 280.

entender la realidad, poniendo al centro las violencias visibles e invisibles que intervienen en la detonación de un conflicto delictivo.

Como mencioné antes, para empezar, me gustaría reconocer que este apartado cae en una trampa al ser incluso nombrado como lo que justamente queremos evitar. Por ello me gustaría iniciar problematizando, generando conciencia y trayendo al debate los enormes riesgos retributivos que la estigmatización de los roles en un conflicto puede traer aparejados y como desfavorecen a la consecución de una verdadera resolución restaurativa. Pues tal como establece Claudia Alarcón,

“Por otro lado, es importante reflexionar brevemente sobre las implicaciones que tiene el uso de categorías tales como ofensores y víctimas en los procesos restaurativos. Si bien el uso de estas categorías corresponde esencialmente a los criterios que el aparato jurídico utiliza para administrar las sanciones o las medidas de reparación, este enfoque puede limitar los alcances de los procesos restaurativos en tanto que ejerce una mirada unidimensional sobre las personas. Lo que puede generar que se acabe imponiendo la etiqueta de víctima u ofensor/agresor sobre otros aspectos de la condición humana que podrían ayudar a desarrollar un proceso restaurativo más abierto y efectivo. Más aún cuando se trata de jóvenes precarizados.”³³³

Ahora bien, aunque estoy clara de la discusión que existe en ambos lados del conflicto, víctimas y victimarios y las distintas consecuencias que la estigmatización trae en ambos casos, reitero este en este apartado, el texto estará enfocado sobre todo en la categoría de victimarios.

“Un estigma es un atributivo que desacredita a un individuo, que lo reduce de una persona completa y común a una marcada y disminuida. La estigmatización ocurre cuando una persona posee o cree poseer alguna característica que le confiere una identidad social que es devaluada en un contexto social particular (Crocker et al., 1998: 505). En otras palabras, la estigmatización está aparejada con una devaluación de la persona en cierto contexto social. Tanto los individuos estigmatizados como los demás miembros de la sociedad comparten la idea de que los primeros poseen un atributo (o marca) que los distingue de los demás y una creencia de que dicho atributo los desvaloriza en comparación con los demás. Asimismo, Goffman (1986: 5) señala que las sociedades comúnmente construyen una teoría del estigma para explicar la inferioridad de quienes son estigmatizados, muchas veces en función del riesgo que representan para la sociedad. Los miembros de la sociedad justifican la exclusión

³³³ Alarcón, Claudia, *op. cit.* p. 24.

y la desconfianza hacia ciertos individuos marcados (contaminados) (Major y O'Brien, 2005: 396).”³³⁴

Esta concepción del estigma, se suma además con la teoría del etiquetamiento en donde la noción de comportamiento desviado es siempre relativo, pues la desviación no se define por las acciones de los actores en sí misma, sino por la reacción de los demás a dichas acciones, de tal manera que

“La desviación *no* es una cualidad del acto que la persona comete, sino una consecuencia de la aplicación de las reglas y sanciones sobre el ‘infractor’ a manos de terceros. Es desviado quien ha sido exitosamente etiquetado como tal y el comportamiento del desviado es el comportamiento que la gente etiqueta como tal.”³³⁵

Ahora bien, “el castigo penal es entendido por varios autores como un proceso de estigmatización. La designación de ‘criminal’ confiere a una persona una marca que la señala [...] en esta designación está un mensaje de contaminación y riesgo (Whitman, 2003: 21)”³³⁶ de esta forma, “solemos pensar en los criminales como personas riesgosas (peligrosas) y de poco fiar. Prueba de ello son las pocas posibilidades que tiene un excarcelado para conseguir empleo legal.”³³⁷

Y a pesar de tener un carácter histórico, “la estigmatización o el etiquetamiento del delincuente sigue jugando un papel importante en el castigo”³³⁸ y “una vez estigmatizada como criminal, una persona queda ‘contaminada’ de manera indefinida.”³³⁹ Un claro ejemplo de ello es la pena privativa de libertad como castigo, pues

“En el caso de las penas de prisión, esto puede verse en la forma en que nuestras sociedades tratan a los excarcelados. Aun cuando se afirme que la pena termina con la liberación, la estigmatización o etiquetamiento persiste y por tanto el rechazo y temor a ellos y ellas también.”³⁴⁰

Así, en el sistema de justicia penal tradicional,

³³⁴ Pérez Correa, Catalina, *Marcando al delincuente* en Revista Mexicana de Sociología 75, núm 2 (abril-junio, 2013), p. 295.

³³⁵ Abreu, Claudio, “Análisis estructuralista de la teoría del etiquetamiento” en *Diánoia*, vol. 64, no. 82, México, 2020.

³³⁶ Pérez Correa, Catalina, *op. cit.* p. 296.

³³⁷ *Idem*

³³⁸ *Idem*

³³⁹ *Ibidem* p. 300.

³⁴⁰ *Idem*

“[...] nadie gana, todos pierden. Pierde el ofensor porque ingresa a un sistema estigmatizador que no lo reconcilia consigo mismo, lo aleja de sus afectos, y continúa siendo un excluido de la sociedad. Pierde la víctima porque, siendo la dañada directa, clama como Quijote contra molinos de viento y profundiza su condición de víctima. Pierde el Estado porque frente a recursos escasos, gasta ingentes sumas de dinero en un sistema deficiente. Pierde la sociedad porque contamina su cuerpo con sentimientos de injusticia, infelicidad e inseguridad.”³⁴¹

Aunado a lo anterior, como dice la investigadora Catalina Pérez Correa, el victimario no sólo pierde porque el sistema estigmatizador es una cárcel propia que lo imposibilita a salir de ahí y se perpetua de por vida, colocándolo en un rol y un lugar frente a la sociedad, sino que también

“En otras palabras, quienes asumen un cierto estigma como parte de su identidad adoptan actitudes y comportamientos asociados a esa marca. Así, la imposición de sanciones penales y el uso mismo del derecho penal pueden incentivar a las personas estigmatizadas por el sistema a adoptar actitudes criminales. Si asumimos la criminalidad como un estigma, quienes han sido criminalizados por el sistema optarán por actitudes ligadas a dicha etiqueta. La aplicación de sanciones penales como el encarcelamiento implica que al etiquetar al ofensor o acusado(a) se generan condiciones para que éste(a) se comporte de acuerdo con el estereotipo criminal y se mantenga dentro del grupo. Este efecto es aún más grave cuando se trata de grupos (sectores determinados de la sociedad) que son estigmatizados. En el caso mexicano, como se señalaba al inicio, se castiga predominantemente a jóvenes varones provenientes de sectores marginados. De ser cierta la hipótesis, el castigo en este caso genera incentivos para que dicho grupo se identifique con el estigma del criminal y se comporte conforme a dicho estigma.”³⁴²

Por lo tanto, la investigadora Catalina Pérez Correa sostiene que podría creerse que el estigma en el sistema penal es deseable en tanto genera un rol importante para la disuación de la comisión del delito ya que el etiquetamiento que deriva del estigma puede derivar en que las personas sopesen los costos antes de cometer un delito (familiares, laborales, personales, educativos y de otro tipo). Sin embargo, contrario a esta visión punitiva, la autora asegura que el estigma del “delincuente”, lejos de ayudar a la disuación de la comisión de un delito, promueve que las personas privadas de la libertad interioricen estas acciones como parte de su identidad y sea más difícil salir del círculo del delito. Es decir, que una vez estigmatizado, el sujeto no pueda pensarse fuera de la categoría “delincuente”, pues las

³⁴¹ Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 310.

³⁴² Pérez Correa, Catalina, *op. cit.* p. 302.

condiciones sociales de discriminación y exclusión lo orillen a pensarse desde ahí constantemente.³⁴³

Frente a ello, el nuevo paradigma de la justicia restaurativa, propone encuentros caracterizados por el reconocimiento de la dignidad de los participantes en el conflicto, se trata de una reconstrucción humana de poder reconocer la dignidad que constituye a los afectados, lo cual implica necesariamente no acudir a los etiquetamientos o rotulaciones descalificadoras que el derecho retributivo fomenta y recrea en los juicios legales,³⁴⁴ pues “la dignidad de la persona humana está más allá de los errores y horrores que una persona pueda haber cometido. Esto nos lleva a afirmar que todo lo que excluye, discrimina, estigmatiza, es un acto contrario a la Humanidad.”³⁴⁵

Así, el enfoque restaurativo

“[...] construye una narrativa de lo sucedido, donde todos quedan legitimados o con oportunidad de ser legitimados. Esta condición, de dejarlos a todos con su dignidad como seres humanos preservada, reconocidos por el resto, sin exclusión alguna, es el primer paso a la sanación de lo ocurrido. En esta construcción no se impugna a las personas sino que se impugnan conductas o actitudes cumpliendo uno de los principios de la Negociación Colaborativa de la Escuela de Derecho de Harvard: separe la persona del problema.”³⁴⁶

En conclusión, la justicia restaurativa se aleja radicalmente de la cancelación, de la construcción de enemigos y de la estigmatización, como etiquetamiento que marcan a las personas desacreditadas o desacreditables. Por ello, alejada de esta postura, se re considera a la persona completamente humana. Distanciándonos a su vez de la teoría que acompaña al estigma, que explica su inferioridad, sus características, sus imperfecciones y que contribuyen a esa deshumanización. Dicho de otra manera,

“El encuentro restaurativo implica la contemplación de valores fuertemente sustentados en el reconocimiento del otro. Implica honestidad con ese otro al que se ha ofendido, implica de parte del ofendido ser capaz de expresar su sufrimiento y lo que el hecho le produjo. Lo restaurativo se centra en la verdad que se expresa a través de la expresión del dolor, la pérdida y la impotencia generada por el ofensor, así como la razón del ofensor como expresión de la condición humana que le generó el acto no permitido. Es un encuentro

³⁴³ Cfr. Pérez Correa, Catalina, *Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho* en Revista Mexicana de Sociología 75, núm 2 (abril-junio, 2013).

³⁴⁴ Cfr. Díaz, Fernando, *op. it.* p. 14.

³⁴⁵ Paillet, Marta, *op. cit.* p. 32.

³⁴⁶ *Idem*

caracterizado por el reconocimiento de la dignidad de ambos participantes del conflicto, es una reconstrucción humana de poder reconocer la dignidad que constituye a los afectados. Implica no acudir a los etiquetamientos o rotulaciones descalificadoras que el derecho retributivo fomenta y recrea en los juicios legales. Si bien la reconciliación demora y requiere tiempo, no cabe duda que la culpa, la vergüenza y el reproche que genera en el ofensor la vivencia del ofendido se constituyen en los pilares que facilitan el camino hacia ella.”³⁴⁷

Ahora bien, tal como dicen los abolicionistas, en la base filosófica de su pensamiento se encuentra una disposición fenomenológica para la comprensión de las cosas,

“Así, la explicación de lo que los abolicionistas caracterizan como situación problemática y que el poder define como delito, proviene de la experiencia y a partir de ella modifica la percepción del conflicto. Si la ‘delincuencia es un estigma’ la disposición fenomenológica encontrará detrás del criminal una persona con problemas, generados en su ámbito al cual el sistema penal es ajeno, por lo que se equivoca, no sólo en sus definiciones, sino también en su intervención”.³⁴⁸

Con el antecedente inmediato de ese párrafo magistral, lo que se pretende a continuación es hacer presente de nuevo la idea de los limitados “recortes de realidad” que hace la justicia retributiva tradicional para explicar las situaciones problemáticas y como la justicia restaurativa justamente problematiza estos recortes, ampliando el foco, en este sentido evidenciar las violencias invisibles a partir del triángulo de Galtung es una propuesta metodológica muy acertada y concreta como antídoto contra esta visión reducida de la justicia retributiva y por ende contra la forma en la que se interviene y se trata a los victimarios en un conflicto delictivo.

Los seres humanos necesitamos de estructuras de pensamiento finitas y limitadas para poder tomar decisiones, interactuar, generar criterios, discernir, etcétera, necesitamos hacer recortes que nos permitan construir concepciones claras y aseveraciones rápidas, así “para comprender la realidad, hacemos recortes de ella ya que nuestra mente tiene dificultades para la visión total, la visión holística. No hacemos recortes entonces porque la realidad deba ser recortada sino porque nuestra capacidad de focalizar y aprender necesita recortar.”³⁴⁹ Sin embargo, reconociendo esa razonable y lógica realidad,

“En el ámbito de lo restaurativo es importante saber dónde estamos haciendo el recorte, porque corremos el riesgo de dejar afuera de nuestro enfoque, elementos altamente

³⁴⁷ Díaz, Fernando, *op. cit.*, p. 17.

³⁴⁸ Hulsman, Christie, Mathiesen *et al*, *op. cit.* p. 9.

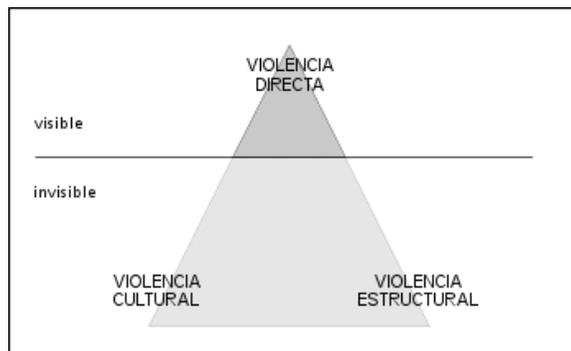
³⁴⁹ Paillet, Marta, *op. cit.* p. 36.

significativos. Lo que queda fuera de recorte no se ve, no se analiza, ni se considera su incidencia en lo que estamos observando.”³⁵⁰

De esta forma, el enfoque restaurativo no niega la necesidad de nuestra mente de hacer recortes de la realidad, sin embargo, propone la problematización de ella, y proponiendo la amplitud del enfoque, reconoce que al recortar realidades y abstraer al sujeto de su realidad para ser juzgado desde el derecho penal, y sancionar por el hecho delictivo sin observar nada más, podemos invisibilizar contextos violentos, contextos desiguales altamente propicios para la generación de conflictos delictivos e instalarnos en dinámicas dicotómicas, binarias, malas y buenas, sin la posibilidad de observar las zonas grises. Conocer esto nos coloca una precaución metodológica vital para poder llevar a cabo la justicia restaurativa, que justamente el triángulo de Galtung nos ayuda a vislucrarlo con claridad las violencias visibles y las violencias invisibles, estas últimas que no se pueden ver en los recortes de realidad que normalmente hace el derecho penal.

Según Galtung,³⁵¹ la violencia se expresa en tres dimensiones: 1) violencia directa, 2) violencia cultural y 3) violencia estructural. De las cuales, la primera es visible y las otras dos son invisibles. De tal manera,

1. Violencia directa: violencia evidente y por lo general se manifiesta de manera física, verbal o psicológica.
2. Violencia cultural: se refiere a aquellos aspectos simbólicos de nuestra experiencia de vida que pueden utilizarse para justificar o legitimar la violencia directa.
3. Violencia estructural: es intrínseca a los sistemas sociales, políticos y económicos mismos que gobiernan las sociedades, los estados y el mundo.



³⁵⁰ *Idem*

³⁵¹ Alarcón, Claudia, *op. cit.*, p. 13.

Así, la tipología propuesta por Galtung fortalece la idea de que “[...] tenemos que ver la justicia integralmente, sin ninguna división artificial entre los crímenes y otras injusticias.”³⁵²
De manera que

“Esta perspectiva de la violencia nos ayuda a pensar la violencia como un proceso, no sólo como hechos o acciones concretos y dirigidos hacia un sujeto o sujetos particulares. La violencia directa y visible (agresiones físicas, verbales o psicológicas) descansa y en ocasiones tiene su origen en la violencia cultural y la violencia estructural, las cuales es mucho más difícil reconocer por su invisibilidad, pero que no por ello son inofensivas.”³⁵³

Por tanto,

“Este enfoque sobre la violencia incorpora el conflicto como unidad mínima de análisis social para pensar y entender la violencia como proceso, no como acciones o hechos aislados o específicos. La correlación entre el conflicto y la violencia bajo este enfoque cobra sentido en un contexto en donde niños, niñas adolescentes y jóvenes precarizados se ven obligados a interactuar en una realidad social que los margina, excluye, discrimina, segrega, ignora y los obliga a enfrentar y resolver conflictos con recursos limitados propios de su edad.”³⁵⁴

Como resultado de esta visión de los conflictos, humanizados y teniendo como punto de partida la dignidad las partes involucradas, entonces

“Aunque en un modelo retributivo o del justo merecido puede ser que los agresores no ‘merezan’ que sus propias necesidades tengan prioridad, el interés de la sociedad dicta que estas necesidades sean parte de la respuesta justa. Identificar y atender las necesidades del agresor son elementos clave de la justicia restaurativa.”³⁵⁵

Como dice Zehr, no hay duda,

“[...] tenemos que ver la justicia integralmente, sin ninguna división artificial entre los crímenes y otras injusticias. Debemos ver el continuo completo de los daños. Los crímenes se fusionan con otros daños y conflictos entre los individuos que normalmente llamamos *civiles* en vez de *criminales*. Pero esas injusticias se unen con injusticias de poder y riqueza. Los profetas del Antiguo Testamento nos recuerdan que las injusticias estructurales son pecados y que tales injusticias cultivan más injusticia.”³⁵⁶

³⁵² Zehr, Howard, *Cambiando de lente...*, op. cit. p. 179.

³⁵³ Alarcón, Claudia, op. cit. p. 13.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 14.

³⁵⁵ Zehr, Howard, *Cambiando de lente...*, op. cit. p. 193.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 179.

De esta forma, “la comunidad debe atender las necesidades de los ofensores, buscando no solamente restaurarlos sino transformarlos. La responsabilidad es multidimensional y transformadora.”³⁵⁷ Cabe decir que, en efecto, lo que se dice en la teoría coincide con lo que pasa en la práctica, ejemplos y estadísticas para comprobarlo hay muchos, sin duda, la influencia de los contextos es determinante para poner a los victimarios en riesgos delictivos, a modo de ejemplo, haré referencia al trabajo que realiza Claudia Alarcón con adolescentes hombres privados de su libertad,

“Como resultado de un acercamiento de casi 7 años a la cotidianidad carcelaria en donde hemos podido trabajar con más de 100 jóvenes mediante la instrumentación de talleres y actividades diseñados con distintos objetivos educativos, artísticos, creativos, filosóficos y de autorreflexión identificamos algunas rasgos que comparten los adolescentes en los Centros: la precariedad económica familiar, la deserción escolar durante los últimos grados de primaria o los primeros de secundaria, el fácil acceso y consumo de sustancias psicoactivas, de las cuales rara vez conocen su contenido y efectos en la salud, figura paterna ausente, hacinamiento familiar y entornos sociales en donde los conflictos involucran manifestaciones de violencia. Además del trabajo con adolescentes en Centros, nuestra experiencia también abarca programas de prevención del delito, así como medidas no privativas de la libertad.”³⁵⁸

Aunque el trabajo de Claudia Alarcón es específicamente con jóvenes, esa realidad se puede extrapolar a muchas de las personas que acaban encarceladas,

“Los jóvenes que integran la población penitenciaria juvenil pertenecen a la juventud precarizada (Reguillo, 2017) la cual está ‘desconectada no sólo de lo que se denomina la sociedad red o sociedad de la información, sino desconectada o desafiada de las instituciones y sistemas de seguridad (educación, salud, trabajo, seguridad), sobreviviendo apenas con los mínimos’ (Reguillo, 2017, pp. 395- 13 396). Esta precariedad, nos dice Reguillo, opera en un nivel estructural y tiene como núcleo la desigualdad. Como ya se señaló previamente, para la mayoría de estos jóvenes la precariedad y la desigualdad son detonantes permanentes de conflictos. La vida para ellos está marcada por un número importante de conflictos personales, familiares y comunitarios que deben aprender a enfrentar con los recursos cognitivos, analíticos, materiales y emocionales propios de un niño o adolescente. Conflictos que son generados por las dinámicas familiares y sociales de los espacios de la vida cotidiana, como la casa, la escuela, las calles de la colonia, etcétera.”³⁵⁹

“En este sentido, la justicia restaurativa intracarcelaria adquiere forma de proceso restaurativo centrado en la persona y su trayectoria de vida antes de llegar a prisión. Un proceso de entendimiento con fines restaurativos. El primer paso para llevar a cabo este

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 195.

³⁵⁸ Alarcón, Claudia, *op. cit.* p. 7.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 13.

proceso es ver a los jóvenes fuera de su condición de agresores o victimarios y poner en el centro de atención la relación entre su corporalidad afectiva, su subjetividad emocional y la acción delictiva bajo un presupuesto de personas en conflicto no con el sistema penal sino con su propia realidad social. No se trata de ignorar el delito o el daño generado, sino de reconocer que los adolescentes que cometen un delito como el homicidio son subjetividades afectivas en conflicto consigo mismos y con la sociedad y que para entender los factores que influyeron en su delito, y darles atención, hay que entender quiénes son ellos, qué piensan, y qué factores intervienen en su sistema de interacciones sociales y familiares. Se trata de identificar los conflictos y convertirlos en recurso de aprendizaje y restauración de la persona, de sus vínculos sociales y familiares y de la sociedad.”³⁶⁰

Así, por ejemplo, hay algunos datos escandalosos que arrojan lo absurdo del sistema retributivo inmerso en un contexto político, social y económico estructural precarizante y excluyente, en Nicaragua una investigación arrojó algunos datos dramáticos: el costo por adolescente privado de la libertad era de doscientos dólares por mes, mientras que el ingreso familiar de cada uno de ellos no llegaba a cincuenta dólares; o sea, el Estado y la sociedad invertían en el encarcelamiento de los adolescentes casi cinco veces más que los ingresos de toda la familia, que, por otra parte, apenas les alcanzaba para alimentarse³⁶¹

“De esta forma, en lugar de castigar la ofensa cometida, la [justicia restaurativa] se centra en reparar el daño ocasionado, atendiendo las necesidades de quien lo sufrió, pero también las necesidades de quienes cometieron la ofensa. Aunque ambas partes tienen un rol activo en el proceso y en los resultados o acuerdos que se alcancen, se busca reequilibrar el poder entre víctima y ofensor, creando conciencia y rendición de cuentas por parte del ofensor sobre el daño que cometió, atendiendo también la historia de violencia que lo llevó a actuar de tal forma. A su vez, se impulsa que la víctima pueda resignificar su experiencia de dolor y darle otro sentido para dejar atrás su identidad de víctima.”³⁶²

Este cambio exige reconocer: a) los ofensores son parte de nosotros y no enemigos de fuera. Más aún, el aislamiento es una estrategia altamente imprudente, no sólo porque “la prisión es un espacio en el que transcurre la vida de personas que, sin importar los factores o las motivaciones que las llevaron a involucrarse con una transgresión moral o legal,”³⁶³ sino porque conducimos al infractor a la subcultura de los criminales. Por el contrario, hay que acercarlo a nosotros, sólo así estará dispuesto a reparar el perjuicio causado; b) El sistema social y judicial que tenemos no es la respuesta inevitable y única ante el crimen. Hay otras opciones viables y razonables que tienden a la reparación del daño causado; c) El sistema

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 16.

³⁶¹ *Cfr.* Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 298

³⁶² Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *op. cit.* p. 24.

³⁶³ Alarcón, Claudia, *op. cit.* p. 27.

judicial actual no está preparado para cumplir con el propósito de restaurar o reparar; y por último d) Los cambios, si no son sistémicos, pueden empeorar la situación.³⁶⁴

“La responsabilidad del ofensor implica necesariamente una comprensión de lo dañino de su acto, del derecho afectado a ese otro, de lo injusto de su actuación. En términos socráticos, se podría decir que el ofensor ejerce un acto del pensamiento caracterizado por un diálogo interior que le permite comprender que su acto no es válido, que ha generado sufrimiento a otro y que por ende debe responder. El ofensor no se enfrenta a una ley, el ofensor se enfrenta con su propio yo interior y con las consecuencias del hecho que se materializan en la existencia de la persona o las personas ofendidas. El ofensor se enfrenta con el resultado de su comportamiento y con la existencia material de quién ha sido ofendido, es con este acontecimiento con el que el ofensor se encuentra, no es un enfrentamiento entre una ley y un sujeto, es algo más trascendental, es con las consecuencias negativas e injustas de sus actos; es decir, es un encuentro con él y con el otro. De allí, la importancia de los encuentros restaurativos. La necesidad de dejar hablar al dolor es la condición de toda verdad y, por ende, de todo proceso restaurativo, pues sólo a través del testimonio de quien ha padecido el dolor se puede comprender la dimensión del sufrimiento.”³⁶⁵

Como en otras partes del texto, es posible que este enfoque sobre los victimarios, a partir de la cual se determina cómo debería ser su intervención en un conflicto delictivo puede causar en el sentido común una apreciación de impunidad, sin embargo, los datos en este sentido también muestran otra cosa, según cifras del Programa de Reconciliación Víctima – Ofensor

“Casi el 80% de las víctimas tanto como los ofensores que participaron en el programa, creyeron que la justicia se había hecho en sus casos. Las definiciones de justicia variaban, pero ideas que solían salir eran ‘la reparación del mal’, ‘la insistencia en que los ofensores reconocieran su responsabilidad’ y ‘la equidad y justicia en la resolución del caso’. ‘Reparar el mal’, de hecho, fue la razón principal señalada por los ofensores por su participación en el programa de Langley [...] aparentemente el PRVO sí provee una experiencia de justicia.”³⁶⁶

Para concluir, tener claro sin duda alguna que “la injusticia genera sufrimiento y el sufrimiento resume la historia más secreta de cada ser humano y es la clave de lo que realmente somos, nos dice sabiamente H. Cohen (1997)³⁶⁷, con este punto de partida, Solo el diálogo abierto y el intercambio de vida a vida que propone la justicia restaurativa, permiten derribar los muros erigidos por cada individuo, expresado en actitudes intolerantes

³⁶⁴ Cfr. Kemelmajer, Aída, *op. cit.* p. 318.

³⁶⁵ Díaz, Fernando, *op. cit.* p. 16.

³⁶⁶ Zehr, Howard, *Cambiando de lente, op. cit.* p. 161.

³⁶⁷ Díaz, Fernando, *op. cit.* p. 15.

y discriminatorias de muy hondo arraigo en la vida de las personas. Tenemos el derecho y la posibilidad de dar amor a nuestros semejantes, a corregir las conductas por medio del amor, del reconocimiento del otro como un ser de palabra y por ende con capacidad de deliberación, de transformación y trascendencia.³⁶⁸

CAPÍTULO IV. JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL MARCO DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y LOCAL

1. Marco regulatorio internacional

1.1. Sistema Universal de los Derechos Humanos

A partir de la segunda mitad del siglo pasado, el Sistema Universal de los Derechos Humanos por medio de sus diversos organismos y representantes, si bien de manera no preponderante, pero, ha colocado el tema de la justicia restaurativa en la agenda internacional. De esta forma, actualmente existe una discusión en el contexto de un marco de trabajo normativo internacional emergente para el desarrollo de programas de justicia restaurativa y participativa, cuyo propósito principal es ayudar a los Estados parte en la implementación de programas de justicia restaurativa y participativa, así como a tomar decisiones informadas sobre el diseño, la implementación y la evaluación de los mismos.³⁶⁹

En este apartado, de manera cronológica enumeraré y destacaré los más trascendentes instrumentos que se han elaborado en la materia y sus principales aportaciones para tener claro el panorama el marco regulatorio internacional en materia de justicia restaurativa que, en su caso, fortalece y abona a la consolidación del avance del tema en los Estados miembros del sistema de Naciones Unidas.

Como primer antecedente tenemos la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder*³⁷⁰ de 1985, en cuyo texto se establece la conceptualización de víctima,

³⁶⁸ Cfr. Díaz, Fernando, *op. cit.* p.7.

³⁶⁹ Cfr. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Nueva York, 2006), disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf.

³⁷⁰ Resolución 40/34, Asamblea General “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder” (29 de noviembre de 1985), disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse>

“1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual 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 violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.”

Así también se establece los principios básicos que las legislaciones estatales deben seguir para su correcta protección y particularmente para nuestro tema, las bases para una correcta restitución o reparación. De esta forma, se establece en el punto 4 del documento que, “las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.”³⁷¹ Además, estima que los procedimientos para la reparación del daño deben ser “expeditos, justos, poco costosos y accesibles.”³⁷²

Finalmente, sobre el resarcimiento se establece que,

“8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

[...]

Asistencia

³⁷¹ *Idem*

³⁷² *Idem*

[...]

16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.”

En materia de reparación del daño, a partir del *Conjunto de principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad*³⁷³ de 1997, se consideran como estándares internacionales en materia de derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos los de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. En el caso de la reparación, dichos principios establecen que:

“Principio 33. Toda violación de los derechos humanos hace nacer un derecho a la reparación en favor de la víctima, de sus parientes o compañeros que implica, por parte del Estado, el deber de reparar y la facultad de dirigirse contra el autor.”

En el año 2000, la *Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: Frente a los Retos del Siglo Veintiuno* estableció³⁷⁴

“25. Reconocemos que las amplias estrategias de prevención del delito en los planos nacional, regional y local deben abordar las causas profundas y los factores de riesgo relacionados con la delincuencia y la victimización mediante la adopción de políticas sociales, económicas, de salud, educacionales y judiciales. Encarecemos la elaboración de esas estrategias, conscientes del éxito demostrado de las iniciativas de prevención en numerosos Estados y confiados en que la delincuencia puede reducirse aplicando y compartiendo nuestra experiencia colectiva.

26. Nos comprometemos a otorgar prioridad a las medidas encaminadas a contener el crecimiento del número de detenidos en espera de juicio y de reclusos y el consiguiente hacinamiento en las prisiones, según proceda, promoviendo alternativas seguras y eficaces en sustitución del encarcelamiento.

27. Decidimos establecer, cuando proceda, planes de acción nacionales, regionales e internacionales en apoyo a las víctimas que incluyan mecanismos de mediación y justicia restitutiva y fijamos 2002 como plazo para que los Estados revisen sus prácticas pertinentes, amplíen sus servicios de apoyo a las víctimas y sus campañas de sensibilización sobre los

³⁷³ Resolución 20/57, Asamblea General “*Conjunto de principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos para la lucha contra la impunidad*” (1997).

³⁷⁴ Resolución 55/59, Asamblea General, “*Declaración de Viena sobre delito y Justicia: Enfrentando los Retos del Siglo XXI*” (17 de enero 2001), párrafo 28.

derechos de las víctimas y consideren la posibilidad de crear fondos para las víctimas, además de formular y ejecutar políticas de protección de los testigos.

28. Alentamos la elaboración de políticas, procedimientos y programas de justicia reformativa que respeten los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, las comunidades y demás partes interesadas.”

El 7 de enero de 2002, el Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa, presentaron a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal un *Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa*³⁷⁵ con arreglo a las resoluciones 1999/26, de 28 de julio de 1999, y 2000/14, de 27 de julio de 2000, del Consejo Económico y Social. Concretamente, en su resolución 2000/14, el Consejo Económico y Social pidió al Secretario General que solicitara observaciones de los Estados Miembros y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, así como de los institutos que integran la red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, sobre la conveniencia y los medios de establecer principios comunes para la aplicación de programas de justicia reformativa en materia penal, incluida la conveniencia de elaborar un instrumento con ese fin. El Consejo pidió también al Secretario General que, a reserva de la disponibilidad de contribuciones voluntarias, convocara una reunión de expertos, seleccionados con el criterio de la representación geográfica equitativa, para examinar las observaciones recibidas y formular propuestas de medidas ulteriores en relación con la justicia reformativa.

De esta forma, en 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, adoptó los *Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal*.³⁷⁶ Estos principios son tal vez el instrumento de mayor importancia que existe en el Sistema de Naciones Unidas para promover la justicia reformativa a nivel mundial, sin intención de hacerlas obligatorias o prescriptivas, su propósito fue informar y motivar a los Estados Miembro a adoptar y estandarizar medidas de justicia reformativa en el contexto de sus sistemas legales y proporcionan normas y salvaguardias sobre el uso de las iniciativas de justicia reformativa. La parte central de los *Principios Básicos*³⁷⁷ intenta establecer los parámetros para el uso de la justicia reformativa y las medidas que deben adoptarse por los Estados Miembros para asegurar de que éstos garanticen que los participantes en procesos

³⁷⁵ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal “Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa”, Viena, 16 al 25 de abril de 2002.

³⁷⁶ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia reformativa en materia penal*, 12/2012.

³⁷⁷ Cfr. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Principios básicos para la aplicación de programas de justicia reformativa en materia penal*, 12/2012.

restaurativos sean protegidos con garantías legales adecuadas, así como las primeras disposiciones de la ONU contemplando medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal.

En 2005, la declaración del *Decimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Trato de Delincuentes* instó a los Estados Miembro a reconocer la importancia de desarrollar aún más políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que incluyan alternativas a los procesos judiciales.³⁷⁸

Por su parte, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*³⁷⁹ fueron aprobados en la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, para fines de este documento lo más relevante del instrumento en cuestión, establece que:

“IX. Reparación de los daños sufridos

15. Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.

[...]

18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

³⁷⁸ “Declaración de Bangkok sobre sinergias y respuestas: alianzas estratégicas sobre prevención del delito y justicia penal”, 11vo. Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Trato a Delincuentes, Bangkok, 18-25 de Abril del 2005, párrafo 32.

³⁷⁹ **Resolución 60/147 Asamblea General, Naciones Unidas**, “*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*” (15 de enero 2005), disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>

19. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

20. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:

- a) El daño físico o mental;
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
- d) Los perjuicios morales;
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

21. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;

23. Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención:

[...]

c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

[...]

g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;”³⁸⁰

Casi para terminar, en 2006 usando como base los *Principios básicos sobre la utilización de programas restaurativos en materia penal* se publicó otro de los más importantes instrumentos de Naciones Unidas en la materia, el *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa*³⁸¹, que fue preparado para la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) por un grupo de expertos. Este manual es una de las herramientas prácticas entre las desarrolladas por la UNDOC para apoyar a los países en la implementación de leyes y en el desarrollo de reformas en materia de derecho penal.

“Ofrece, en un formato de remisión rápida, una visión general de consideraciones clave para la implementación de respuestas participativas al delito basadas en una metodología de justicia restaurativa. Este enfoque está dentro de una serie de medidas y programas inspirados por los valores de la justicia restaurativa, flexibles en su adaptación a los sistemas de derecho penal, a los cuales complementan, tomando en cuenta las circunstancias variables tanto en lo jurídico como en lo social y lo cultural. Fue preparado para ser utilizado por los funcionarios encargados de la impartición de la justicia penal, las organizaciones no gubernamentales y los grupos comunitarios que trabajan en conjunto para mejorar las respuestas actuales al delito y a los conflictos en sus comunidades.

[...]

Este manual contiene siete secciones. La primera revisa los principales conceptos, los valores y los objetivos de la justicia restaurativa y participativa. La segunda habla sobre el uso de los programas restaurativos. La tercera se enfoca en la cuestión del marco normativo para tales programas. Las secciones restantes tratan varios aspectos de la implementación de un programa restaurativo exitoso. Tratan respectivamente el diseño y la implementación del programa, la operación del programa y la movilización de bienes comunitarios, así como asuntos y descubrimientos relacionados con la evaluación del programa. El énfasis está en la

³⁸⁰ Resolución 60/147 Asamblea General, Naciones Unidas, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (15 de enero 2005), disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>

³⁸¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Nueva York, 2006), disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

presentación de la información y en la remisión a ejemplos útiles para el desarrollo de nuevos programas en una variedad de contextos sociales, culturales y legales.”³⁸²

Es decir, puede ser utilizado en una variedad de contextos, introduciendo al lector a los programas y procesos de justicia restaurativa. El manual citado sugiere las metodologías restaurativas, los principios básicos que deben regir a estos programas, los lineamientos y la dinámica de intervención.

En la *Declaración de Doha sobre la Integración de la Prevención del Delito y la Justicia Penal en el Marco Más Amplio del Programa de las Naciones Unidas para Abordar los Problemas Sociales y Económicos y Promover el Estado de Derecho a Nivel Nacional e Internacional y la Participación Pública* de 2015 (Resolución 70/174 de la Asamblea General)³⁸³ se destaca:

“5. Reafirmamos nuestro compromiso y firme voluntad política de apoyar unos sistemas de justicia penal eficaces, imparciales, humanos y responsables y las instituciones que los integran, y alentamos la participación efectiva y la inclusión de todos los sectores de la sociedad [...] y reconociendo la responsabilidad de los Estados Miembros de defender la dignidad humana y todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, en particular las afectadas por la delincuencia y las que están en contacto con el sistema de justicia penal, incluidos los miembros vulnerables de la sociedad, independientemente de su condición, que podrían ser objeto de formas múltiples y agravadas de discriminación, y prevenir y combatir la delincuencia motivada por la intolerancia o la discriminación de toda índole. A tal efecto, procuramos:

(a) Aprobar políticas y programas nacionales amplios e inclusivos en materia de prevención del delito y justicia penal que tengan plenamente en cuenta las pruebas y otros factores pertinentes, incluidas las causas profundas de la delincuencia, así como las condiciones que la propician [...]

[...]

(j) Aplicar políticas penitenciarias centradas en la educación, el trabajo, la atención médica, la rehabilitación, la reinserción social y la prevención de la reincidencia y mejorar las existentes, y considerar la posibilidad de formular y fortalecer políticas de apoyo a las familias de los reclusos, así como promover y alentar el uso de medidas sustitutivas del

³⁸² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *op. cit.* p.1

³⁸³ Resolución 70/174 de la Asamblea General, “Declaración de Doha sobre la Integración de la Prevención del Delito y la Justicia Penal en el Marco Más Amplio del Programa de las Naciones Unidas para Abordar los Problemas Sociales y Económicos y Promover el Estado de Derecho a Nivel Nacional e Internacional y la Participación Pública” (12 al 19 de abril de 2015), disponible en https://www.unodc.org/documents/congress/Declaration/V1504154_Spanish.pdf

encarcelamiento, cuando proceda, y someter a examen o reformar nuestros procesos de justicia restaurativa y de otro tipo a fin de que la reinserción sea satisfactoria;

10. Apoyamos la creación y aplicación de procesos consultivos y participativos en materia de prevención del delito y justicia penal, a fin de lograr la participación de todos los miembros de la sociedad, incluidos los que se hallan expuestos al riesgo de la delincuencia y la victimización, para dar más eficacia a nuestra labor de prevención y reforzar la confianza pública y la confianza en los sistemas de justicia penal [...] Así pues, procuramos:

(d) Promover la gestión y solución de los conflictos sociales por medio del diálogo y de mecanismos de participación comunitaria, como la concienciación pública, la prevención de la victimización, el aumento de la cooperación entre las autoridades públicas competentes y la sociedad civil y la promoción de la justicia restaurativa;”

Las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* (ahora conocidas también como *Reglas Nelson Mandela*) fueron adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente el 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Sin embargo, en reconocimiento de los avances que se han producido en la materia desde el 1955 (año de su creación) a la fecha, en el 2011 se decidió examinar y revisar las *Reglas Mínimas*. Finalmente, después de 2 años de trabajo, mayo de 2015, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal aprobó las reglas revisadas y las remitió al Consejo Económico y Social para su aprobación y posteriormente a la Asamblea General para que se adoptaran como las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* del año 2015.

En homenaje al legado del difunto presidente de Sudáfrica, Nelson Rolihlahla Mandela, quien pasó 27 años en prisión durante su lucha por los derechos humanos, la igualdad, la democracia y la promoción de una cultura de paz a nivel mundial, el Grupo de Expertos recomendó que las reglas revisadas también fueran denominadas como “Reglas Nelson Mandela”.

“[Estas *Reglas*] constituyen los estándares mínimos universalmente reconocidos para la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de libertad, y han tenido un inmenso valor e influencia en el desarrollo de leyes, políticas y prácticas penitenciarias en los Estados Miembros en todo el mundo.”³⁸⁴

³⁸⁴ Resolución 70/175 de la Asamblea General, “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (“Reglas Nelson Mandela)” 17 de diciembre de 2015, disponibles en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Brochure_on_the_The_UN_Standard_Minimum_the_Nelson_Mandela_Rules-S.pdf

Para terminar, no soy omisa en observar que los valores de la justicia restaurativa también se reflejan en otros documentos jurídicamente vinculantes de las Naciones Unidas, como la *Convención sobre los Derechos del Niño* del año 1989, las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (Reglas de Beijing) del año 1985, las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (Directrices de Riad) del año 1990, y las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Reglas de Bangkok) del año 2010. En todos estos documentos se alienta a los Estados miembros a que promuevan una mayor participación de la comunidad en la respuesta a los delitos y a que mejoren las resoluciones extrajudiciales y alternativas al encarcelamiento.

1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Pese a que dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) no existe una alusión específica a la justicia restaurativa ni un auténtico mecanismo de justicia restaurativa para la solución de controversias, sí existen algunos elementos relevantes que, aunque no se nombren como tal, se acercan bastante y son clave para el desarrollo del lente restaurativo en la región.

En primer lugar, haré alusión a las soluciones amistosas, mecanismo no contencioso alterno al procedimiento tradicional que le permite al Estado y al peticionario negociar un acuerdo para la resolución de una situación denunciada ante la CIDH. Las soluciones amistosas son una especie de solución anticipada cuyo procedimiento se lleva a cabo en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sin que sea necesario agotar todas las etapas del procedimiento hasta llegar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) para encontrar una solución. Es importante destacar que las mismas formas de reparación logradas en la CoIDH pueden ser acordadas dentro del procedimiento de soluciones amistosas.

Las soluciones amistosas se encuentran regidas por las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su reglamento, de tal forma la CADH establece que:

“Artículo 48. Procedimiento a la decisión de fondo

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

- f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

Artículo 49. Publicación del Informe

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.³⁸⁵

Por su parte, el Reglamento de la CIDH establece lo siguiente sobre las soluciones amistosas:

“Artículo 40.1 Solución amistosa

1. La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.

Artículo 48. Seguimiento

1. Una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones.

2. La Comisión informará de la manera que considere pertinente sobre los avances en el cumplimiento de dichos acuerdos y recomendaciones.

Artículo 37.4 Procedimiento sobre el Fondo

4. Antes de pronunciarse sobre el fondo del caso, la Comisión fijará un plazo para que las partes manifiesten si tienen interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa previsto

³⁸⁵ Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 Noviembre 1969, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>

en el artículo 40 del presente Reglamento. En los supuestos previstos en el artículo 30.7 y en el inciso anterior, la Comisión solicitará que las partes se manifiesten de la manera más expedita. Asimismo, la Comisión podrá invitar a las partes a presentar observaciones adicionales por escrito.

Artículo 64. Audiencias sobre peticiones y casos

1. Las audiencias sobre peticiones o casos tendrán por objeto recibir exposiciones verbales y escritas de las partes sobre hechos nuevos e información adicional a la que ha sido aportada durante el procedimiento. La información podrá referirse a alguna de las siguientes cuestiones: admisibilidad; inicio o desarrollo del procedimiento de solución amistosa; comprobación de los hechos; fondo del asunto; seguimiento de recomendaciones; o cualquier otra cuestión relativa al trámite de la petición o caso.

2. Las solicitudes de audiencia deberán ser presentadas por escrito con una anticipación no menor a 50 días del inicio del correspondiente período de sesiones de la Comisión. Las solicitudes de audiencia indicarán su objeto y la identidad de los participantes.

3. Si la Comisión accede a la solicitud o decide celebrarla por iniciativa propia, deberá convocar a ambas partes. Si una parte debidamente notificada no comparece, la Comisión proseguirá con la audiencia. La Comisión adoptará las medidas necesarias para preservar la identidad de los peritos y testigos, si estima que éstos requieren tal protección.

4. La Secretaría Ejecutiva informará a las partes acerca de la fecha, lugar y hora de la audiencia, con una anticipación no menor a un mes de su celebración. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, dicho plazo podrá ser menor.”³⁸⁶

Ahora, si bien son muy trascendentes las soluciones amistosas como mecanismo restaurativo previsto en el SIDH, para fines de esta tesis no nos detendremos en mayor medida en ellas, sino que hablaremos de una de las grandes aportaciones que el SIDH ha hecho al mundo de los derechos humanos, con ello me refiero al desarrollo interpretativo que la CoIDH ha hecho sobre las reparaciones. Sin duda, la basta jurisprudencia de la CoIDH en materia de reparaciones representa su distintivo respecto de otros tribunales nacionales e internacionales. A través de su desarrollo jurisprudencial progresista e integral sobre reparación el SIDH ha logrado influir de manera decisiva en los diferentes procesos de violación derechos humanos en países del continente americano y del resto del mundo. En ese sentido, las medidas reparativas que la CoIDH ha ordenado,

³⁸⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 28 Octubre 2009, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7f7be4b15.html>

“[...] se diferencian de las que se establecen dentro de un proceso o trámite incidental de naturaleza civil en un tribunal local, por cuanto estas abarcan a la comunidad, tomando medidas que están dirigidas a erradicar las condiciones de desigualdad o vulnerabilidad que al interior de los Estados generan violaciones a los derechos humanos de forma orgánica y que, se reitera, trascienden al sujeto e incluyen el entorno.”³⁸⁷

De esta manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 63.1 establece:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”³⁸⁸

Sin embargo, “este tribunal internacional a lo largo de su jurisprudencia ha ido más allá de lo ordenado por la Convención Americana de Derechos Humanos buscando, al igual que la visión restaurativa, el logro de la paz social.”³⁸⁹

“Si se observa el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, puede verse con claridad que ella realiza un examen contextual amplio y completo del escenario en el que se desarrollaron las violaciones a los derechos objeto de litigio. En ese mismo contexto realiza, una vez declarada la responsabilidad por parte del Estado, las reparaciones a que haya lugar para el resarcimiento de los perjuicios a la víctima y va más allá al tomar medidas tendientes a eliminar las formas de vulneración estructurales identificadas en la situación fáctica recreada (pese a solo aceptar peticiones individuales), imponiendo parámetros de restauración de derechos e incluso de justicia social, para lograr mediante sus decisiones que los Estados realicen labores de distribución efectiva de recursos.”³⁹⁰

De esta forma, como se advirtió antes, una de las grandes aportaciones de la CoIDH al enfoque restaurativo es la interpretación progresista visible en su desarrollo jurisprudencial que ha hecho a lo largo de sus fallos sobre la reparación del daño. Así, la CoIDH incluye un

³⁸⁷ Méndez, Vanessa y Hernández, Norberto “Justicia restaurativa y Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, 13, 2020, p. 62, disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7359>

³⁸⁸ Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 Noviembre 1969, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>

³⁸⁹ Méndez, Vanessa y Hernández, Norberto “Justicia restaurativa y Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, 13, 2020, p. 16, disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7359> última vez consultado 12 de julio 2023)

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 17

análisis más amplio del contexto en el que se desarrollan las violaciones a derechos humanos alegadas, intentando brindar alternativas permeadas de justicia social que busquen minimizar las condiciones de desigualdad estructural al interior de los Estados condenados. Estas medidas, trascienden por mucho lo pecuniario y buscan que la víctima sea reparada de manera integral, con adopción de medidas de diversos campos de aplicación, que de alguna forma consagran criterios importantes a tomar en cuenta desde el enfoque restaurativo local. Desde mi punto de vista, en ese marco progresista, una de las más importantes aportaciones es la “vocación transformadora” de la reparación. Sin embargo, antes de entrar de lleno a ese valioso elemento interpretativo, abordaré los elementos que integran la reparación integral en el SIDH.

El concepto de *reparación integral* deriva del artículo 63.1 de la CADH y abarca la acreditación de daños en la esfera material e inmaterial y el otorgamiento de medidas tales como: a) la *investigación* de los hechos; b) la *restitución* de derechos, bienes y libertades; c) la *rehabilitación física*, psicológica o social; d) la *satisfacción*, mediante actos en beneficio de las víctimas; e) las *garantías de no repetición* de las violaciones, y f) la *indemnización* compensatoria por daño material e inmaterial.

“A través de esta facultad, la Corte IDH ha ordenado medidas emblemáticas para muchos países de la región [...] Dichas medidas en su dimensión individual han beneficiado a miles de personas en la región (a través de otorgamiento de becas educativas, atención médica y psicológica, actos de conmemoración, búsqueda de desaparecidos, y compensaciones económicas). En su dimensión colectiva la Corte IDH ha ordenado tales medidas con impacto social a la mayoría de Estados parte de la OEA (por ejemplo, reformas legislativas, campañas de concientización social, implementación de programas sociales a grupos en vulnerabilidad, cambios legislativos, sanción a responsables de violaciones a derechos humanos, etc.). Seguido a ello, la Corte IDH tiene la facultad de supervisar el cumplimiento por parte del Estado de estas medidas y monitorear su debida implementación.”³⁹¹

Ahora bien, sobre el daño inmaterial, la CoIDH ha establecido que comprende “tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.”³⁹² Aunque no ahonadermos al respecto, es relevante mencionar que los daños inmateriales la CoIDH los

³⁹¹ Gamboa, Jorge, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 148,, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf> (última vez consultado 12 de julio 2023)

³⁹² Corte IDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 11 de septiembre de 1997, párr. 84 y Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Sentencia del 25 de mayo de 2010, párr. 275.

ha catalogado en: morales, psicológicos, físicos, al proyecto de vida y colectivo o sociales. Mientras que sobre el daño material la CoIDH ha dispuesto que este daño supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso.”³⁹³ Este daño se ha catalogado en: daño emergente, pérdida de ingresos o el lucro cesante y daño al patrimonio familiar.

Dicho lo anterior, considero que de lo más relevante del concepto de *reparación integral* que la CoIDH aporta al mundo jurídico es sobre todo la reformulación por completo del alcance de la reparación del daño tradicional, trascendiendo por mucho la compensación económica y configurando remedios más amplios y específicos para reparar los daños de las víctimas.

“En específico, cabe hacer la analogía con el trabajo que realiza el médico frente a un herido múltiple. El médico deberá encontrar cada padecimiento de manera particular e identificar el remedio preciso para cada uno de estos, así como remedios que lo ayuden en general a recobrar su salud. Para ello, un mismo remedio puede aplicar para varios daños, mientras que otros requerirán de medidas adicionales y específicas.”³⁹⁴

Ahora bien, “cabe señalar, que [...] a partir del año 2009 se puede apreciar un marco de referencia más ordenado y sistematizado de las categorías de reparaciones.”³⁹⁵

De esta forma, se puede decir que la *restitución* como una de las medidas de reparación integral pretende devolver a la víctima a la situación anterior de la violación. Esta incluye tanto la restitución material, como la restitución de derechos. A continuación se desarrollan las principales medidas de restitución.

“Mientras que la *rehabilitación* “pretende reparar lo que concierne a las afectaciones físicas, psíquicas o morales que puedan ser objeto de atención médica o psicológica. Las medidas de *satisfacción* tienen el objetivo de reintegrar la dignidad de las víctimas y ayudar a reorientar su vida o memoria. Así la CoIDH ha establecido que estas medidas buscan el reconocimiento de la dignidad de las víctimas o transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones. Si bien algunas medidas también tienen un efecto de no repetición, éstas se caracterizan

³⁹³ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43 y Corte IDH Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 275, y Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 242.

³⁹⁴ Gamboa, Jorge, *op. cit.* p. 171,

³⁹⁵ Gamboa, Jorge, *op. cit.* p. 152,

principalmente por su efecto satisfactorio, lo cual no excluye otros alcances. Las medidas de *no repetición* tienen como principal objetivo la no repetición de los hechos que ocasionaron la violación, las cuales pueden incluir capacitaciones, reformas legislativas, adopción de medidas de derecho interno, etc.”³⁹⁶

Casi para terminar, las medidas de *investigar, juzgar y en su caso sancionar* ha sido ampliamente analizada por la Corte Interamericana desde la perspectiva de la obligación de garantía que surge del derecho sustantivo, así como el acceso a la justicia para las víctimas y familiares de una violación con impunidad prolongada, lo cual se analiza en el fondo de la sentencia. Finalmente la *indemnización compensatoria* incluye la valoración de daños materiales, así como daños inmateriales. Dentro de este concepto se integra toda orden de la CoIDH respecto a un monto determinado que atiende a un daño específico, incluyendo el caso de los gastos médicos incurridos (por concepto de daño emergente), los gastos futuros, o los fondos de desarrollo a comunidades, respecto de los cuales se tasa un monto.³⁹⁷

Un último elemento a destacar de la reparación integral consiste en la concepción de la reparación a las víctimas que sufrieron afectaciones y consecuencias derivadas de la violación a un derecho humano. En este sentido, la CoIDH ordena la reparación a víctimas directas del caso pero también a víctimas indirectas (poe ejemplo, familiares) e inclusive víctimas colectivas (por ejemplo pueblos y comunidades indígenas) y a "víctimas potenciales" (por ejemplo el tejido social), esta división entre los distintos tipos de víctimas en función de su reparación representa una discusión importante terminológica y conceptual en el SIDH que ha impactado en el reconocimiento de quién es beneficiario de la reparación como parte lesionada. A pesar de no ser materia de esta tesis, para fines de este trabajo en este tema es relevante rescatar que la CoIDH ha establecido que cuando se generan violaciones a derechos humanos y por lo tanto existe una víctima, su núcleo familiar e incluso su núcleo cercano, sin ser necesariamente familiar puede sufrir una vulneración respecto de la cual corresponde una reparación integral.

Por último mencionar, como se enunció líneas arriba, a pesar de los grandes aportes que la CoIDH en materia de reparación del daño, sin duda desde el punto de vista de este trabajo, el aporte más importante ha sido el de la idea de *reparación transformadora*, concepto que justamente fue adoptado por el SIDH en un caso contra México, en la sentencia de Campo Algodonero del año 2009. De esta forma, la *reparación transformadora* centra su interés en cambiar las condiciones sociales, culturales y políticas que llevaron a la violación de derechos

³⁹⁶ Cfr. Gamboa, Jorge, *op. cit.*

³⁹⁷ Cfr. *Idem*

humanos y, en este caso, a los feminicidios, así se propone dar un paso más en la reparación a la víctima, en la sentencia se establece:

“La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” (restitutio in integrum) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (supra párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación.”³⁹⁸

2. Marco regulatorio local

2.1. Reforma constitucional 2008

En el año 2008 México vivió una de sus reformas constitucionales en materia penal y de acceso a la justicia más importantes de los últimos tiempos. Dicha reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, y con ello pasamos de un sistema penal de corte mixto inquisitivo hacia el sistema de justicia penal de corte acusatorio que trajo aparejado consigo el aumento de contenidos relacionados con la justicia restaurativa en nuestro país. La citada reforma otorgó un plazo de ocho años a las entidades de la república mexicana para implementar el sistema de justicia penal, aunque algunas entidades tardaron menos años en adecuar su marco normativo a las nuevas exigencias constitucionales, los retos para la adecuación siguen siendo enormes.

La llegada a México del nuevo sistema de justicia penal, trajo consigo toda una reforma integral a una serie de normativas que guardan una relación directa con los derechos humanos y con el acceso a la justicia, en especial con los derechos de los imputados, de las

³⁹⁸ Corte IDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 450, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf (última vez consultado 12 de julio de 2023)

víctimas u ofendidos y estableciendo principios del procedimiento penal muy claros. De esta forma, se reformaron los artículos 16, 17, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado b del artículo 123.

Aunque se trata de una reforma muy basta, que su solo análisis podría derivar en una tesis en sí misma, para fines de este documento resaltaremos lo que a la materia restaurativa concierne, de esta forma dicha reforma, introdujo en el artículo 17 un párrafo que establece los mecanismos alternativos de solución de controversias, que, en materia penal, deberán garantizar la reparación del daño. A la letra dice:

“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”³⁹⁹

Por su parte, en el artículo 20 se establecieron los principios que deberán regir el proceso penal, principalmente acusatorio y oral y se establecen tres apartados: a) de los principios generales; b) de los derechos de toda persona imputada y c) de los derechos de la víctima y ofendido. Vale la pena descatar algunos puntos de este artículo. El primero de ellos es que en la fracción I del apartado a “de los principios generales” se indica:

“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.”⁴⁰⁰

En la fracción IV del apartado c) “de los derechos de la víctimas o del ofendido” del artículo 20 constitucional, se establece:

“Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.”⁴⁰¹

³⁹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma a la de 5 de febrero de 1857 (última reforma 25 de mayo de 2023), en Diario Oficial de la Federación (DOF), 5 de febrero de 1917, artículo 17.

⁴⁰⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma a la de 5 de febrero de 1857 (última reforma 25 de mayo de 2023), en Diario Oficial de la Federación (DOF), 5 de febrero de 1917, artículo 20, apartado a, fracción I.

⁴⁰¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma a la de 5 de febrero de 1857 (última reforma 25 de mayo de 2023), en Diario Oficial de la Federación (DOF), 5 de febrero de 1917, artículo 20, apartado C, fracción IV.

Así mismo en la fracción VII del apartado c) “de los derechos de la víctima o del ofendido” del referido artículo 20 constitucional se establece que se podrá impugnar ante autoridad judicial las omisiones del MP, a la letra dice:

“Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.”⁴⁰²

Aunado a lo anterior, el apartado c) de la fracción XXI del artículo 73 establece que el Congreso de la Unión tiene la facultad para expedir

“La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.”⁴⁰³

Esta reforma constitucional estableció la obligación de buscar alternativas a la solución de conflictos de carácter penal y de esta manera, comenzaron a surgir oportunidades para reparar el daño causado por el delito mediante métodos alternativos. A esta forma genérica de solucionar los conflictos se le ha denominado “justicia restaurativa”. Es decir, por mandato constitucional se establecieron una serie de salidas alternas que posibilitan la solución de conflictos de forma diferenciada del proceso penal tradicional.

Dicho lo anterior y a pesar de la novedad jurídica en cuanto a las alternativas que trajo esta reforma a las tradicionales medidas estrictamente punitivas, hay autores como Champo, que, de manera acertada, a propósito de la reforma hace hincapié en hacer una distinción entre simples medios de descongestión o aceleramiento del sistema penal y verdaderas salidas alternas.⁴⁰⁴

⁴⁰² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma a la de 5 de febrero de 1857 (última reforma 25 de mayo de 2023), en Diario Oficial de la Federación (DOF), 5 de febrero de 1917, artículo 20, apartado C, fracción IV.

⁴⁰³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma a la de 5 de febrero de 1857 (última reforma 25 de mayo de 2023), en Diario Oficial de la Federación (DOF), 5 de febrero de 1917, artículo 73, apartado C, fracción XXI.

⁴⁰⁴ Cfr. Champo, Nimrod, “La justicia restaurativa en el derecho mexicano”, en *Temas y tópicos jurídicos a propósito de Serafín Ortiz Ortiz*, Rivera, Daniela, Soberanes José Luis (coords), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 111, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6028/8.pdf> (última vez consultado 12 de julio 2023)

De tal forma, como medios de descongestión están la aplicación de criterios de oportunidad y el procedimiento abreviado. El primero consagrado en el artículo 21 constitucional, párrafo séptimo a la letra dice:

“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.”⁴⁰⁵

Y por su lado, el procedimiento abreviado (artículo 20 constitucional, apartado A, Fracción VII) establece:

“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;”⁴⁰⁶

Ahora bien, aunque lo veremos con más profundidad unos párrafos más abajo, se puede decir que, a grandes rasgos,

“Los medios de aceleración o descongestión tienen, a nuestro criterio, las siguientes características: la reparación del daño no es un objetivo directo o principal (en los criterios de oportunidad es un requisito y en el procedimiento abreviado es parte de la sentencia). No se soluciona el conflicto entre las partes (los criterios de oportunidad son facultad del MP basada en cuestiones de política criminal) y respecto a la procedencia del procedimiento abreviado se le puede consultar a la víctima, pero su opinión no es vinculante. Al final, la terminación del proceso es a consecuencia de una decisión de una autoridad de procuración o administración de justicia.

En cambio, las características de los medios alternativos son: que es más importante la reparación del daño, no sólo en sentido económico (recordemos que, en la suspensión condicional, dentro de las obligaciones a imponer al imputado, podemos encontrar abstenerse de realizar ciertas conductas, tratamientos de desintoxicación, etcétera). Se busca la solución del conflicto entre las partes. El fin del proceso es a consecuencia de la voluntad de las partes (debe haber una resolución por parte del MP o del juez, según

⁴⁰⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma a la de 5 de febrero de 1857 (última reforma 25 de mayo de 2023), en Diario Oficial de la Federación (DOF), 5 de febrero de 1917, artículo 21.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, artículo 20, apartado A, Fracción VII.

corresponda, pero sólo es en carácter de revisión de legalidad y dotar de formalidad el acuerdo -acuerdo reparatorio- o de cumplimiento de las obligaciones y reparación del daño -suspensión condicional-)."⁴⁰⁷

2.2. Reforma constitucional 2011

Además de la reforma constitucional del 2008, que sin duda fue fundamental para el eje total del marco regulatorio que existe actualmente en nuestro país en materia de justicia restaurativa, en el año 2011 ocurrió otra reforma constitucional en materia de derechos humanos que por su relevancia y vinculación con nuestro tema también abordaremos de manera somera.

El 6 de junio de 2011 se publicó la denominada reforma constitucional en materia de derechos humanos, se trata posiblemente de uno de los cambios constitucionales en la materia de los últimos años, aunque se trata de una reforma cuyo abordaje podría conllevar una tesis en sí mismo, para fines de este trabajo diremos que la principal novedad de la reforma consiste sobre todo reconocer los derechos humanos recogidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte, así como garantizar su interpretación a la luz de dichos instrumentos y favoreciendo la mayor protección a la persona. Además, también establece que las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos. Asimismo, dispone que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley, entre otras trascendentes modificaciones. Todo ello se encuentra principalmente en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la siguiente manera:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

⁴⁰⁷ Maltos, María “La justicia restaurativa en ‘leyes’ nacionales mexicanas” en *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de la justicia. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), año 16, no. 20, p. 35

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”⁴⁰⁸

Por su parte, mediante decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente "varios" 912/2010 de 14 de julio de 2011⁴⁰⁹, dispuso, entre otros, que las sentencias de la CoIDH son obligatorias y su jurisprudencia es orientadora a nivel interno, dicho de otra manera, los jueces mexicanos deben ejercer un control difuso de constitucionalidad *ex officio*. En vista del escenario que México presenta en materia de derechos humanos, resulta de mayor relevancia los estándares internacionales que existen en materia de justicia restaurativa y de reparación del daño, tanto en aplicación del control de convencionalidad, como en la implementación leyes, así como para la efectiva implementación de los fallos de la CoIDH.

2.3. Leyes nacionales

Ambas reformas, fueron sucedidas por la promulgación de cuatro leyes nacionales que también han ido incorporando disposiciones relacionadas con procesos restaurativos. Para ello, como antecedente es importante reconocer que posteriormente a las reformas constitucionales del 2008 y del 2011, en octubre de 2013 y en julio de 2015 se publicaron otras dos reformas al inciso c) de la fracción XXI, artículo 73 que facultaron al Congreso de la Unión para “expedir leyes únicas” cuya jurisdicción abarca todo el territorio nacional, a las que finalmente se les ha llamado “leyes nacionales”.

“Este nuevo tipo de ley implica que las entidades federativas ya no podrán legislar en estos temas, como sí ocurre con las leyes generales, en que concurrentemente los congresos locales pueden legislar en el ámbito de su competencia lo que el Congreso de la Unión no ha contemplado. Esto tiene como objetivo unificar la operación y práctica nacional en estas materias, que desde que inició la implementación de la reforma al sistema acusatorio ha sido dispar, especialmente para el tema de justicia penal para adolescentes. Sin embargo, esto aumenta el compromiso de que dichas leyes deben hacerse con sumo cuidado y que cualquier reforma a las mismas debe ser ampliamente debatida con especialistas, pues

⁴⁰⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma a la de 5 de febrero de 1857 (última reforma 25 de mayo de 2023), en Diario Oficial de la Federación (DOF), 5 de febrero de 1917, artículo 1.

⁴⁰⁹ Varios 912/2010, Sentencia del 14 de julio 2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)

produciría un efecto inmediato a todo el país que las entidades federativas no podrían aminorar.”⁴¹⁰

Estas cuatro leyes o códigos “nacionales” son: Código Nacional de Procedimientos Penales, Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, Ley Nacional de Ejecución Penal y Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. Por la trascendencia en la materia de cada una, a continuación, describiremos los contenidos en materia de justicia restaurativa, mecanismos alternativos y soluciones alternas de las primeras tres leyes mencionadas, pues, aunque en materia restaurativa la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes es muy importante e incluso la más cercana al ideal de justicia restaurativa, para fines de esta tesis nos enfocaremos únicamente en la justicia penal para adultos.

2.3.1. Código Nacional de Procedimientos Penales

El 5 de marzo del 2014 fue publicado el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), con el objetivo de dar una respuesta única a la implementación del sistema acusatorio en México. Con una *vacatio legis* que dependía en cada entidad federativa de las declaraciones que hicieran los congresos estatales, con plazo máximo de 18 de junio de 2016 este código constituyó la sustitución de todos los códigos adjetivos en materia penal de todas las entidades federativas.

Ahora bien, del CNPP se podrían decir y analizar muchísimos aspectos, sin embargo respecto a lo que la materia de esta tesis concierne, lo primero que hay que decir es que en todo el texto del CNPP nunca se señala tal cual el concepto de *justicia restaurativa*, sin embargo de una forma interpretativa, la manera en que encontramos los contenidos restaurativos en el Código es a partir de las “soluciones alternas” y las alusiones que se hacen a los mecanismos alternativos de solución de controversias, así, en el libro segundo, título I encontramos reguladas las “soluciones alternas y formas de terminación”, y tal como establece María Maltos,

“Lo que sí contiene el CNPP son las llamadas ‘soluciones alternas’, [es decir], la suspensión condicional del proceso y los acuerdos reparatorios. Estas son las figuras procesales a través de las cuales entran al sistema los acuerdos derivados de la conciliación, mediación o junta restaurativa (que a la letra de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos es el único modelo de justicia restaurativa en estricto sentido).

⁴¹⁰ Maltos, María “La justicia restaurativa en ‘leyes’ nacionales mexicanas” en *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de la justicia. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), año 16, no. 20, p. 35

Cabe precisar que esta expresión ‘soluciones alternas’ se la debemos al propio CNPP [...]. El CNPP, resaltando el principal propósito de los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso, llamó a estas dos figuras ‘soluciones alternas’, pasando el procedimiento abreviado a ‘formas de terminación anticipada’ y los criterios de oportunidad a ‘formas de terminación de la investigación.’”⁴¹¹

De tal manera que en palabras del propio CNPP, en su artículo 184 y 185 respectivamente se establece:

“Artículo 184. Soluciones alternas

Son formas de solución alterna del procedimiento:

- I. El acuerdo reparatorio, y
- II. La suspensión condicional del proceso.

Artículo 185. Formas de terminación anticipada del proceso

El procedimiento abreviado será considerado una forma de terminación anticipada del proceso.”⁴¹²

Ahora, sobre los acuerdos reparatorios en concreto, el artículo 186 establece su definición, el artículo 187 los requisitos de procedibilidad y el 188 la procedencia, que a la letra dicen:

“Artículo 186. Definición

Los acuerdos reparatorios son aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal.

“Artículo 187. Control sobre los acuerdos reparatorios

Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes:

⁴¹¹ Maltos, María “La justicia restaurativa en ‘leyes’ nacionales mexicanas” en *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de la justicia. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), año 16, no. 20, p. 36

⁴¹² Código Nacional de Procedimientos Penales (última reforma de 25 de abril de 2023), artículo 184 y 185, en DOF, 5 de marzo de 2014.

- I. Delitos que se persiguen por querrela, por requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido;
- II. Delitos culposos, o
- III. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas. No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos, tampoco procederán cuando se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas. [Tampoco serán procedentes los acuerdos reparatorios para las hipótesis previstas en las fracciones I, II y III del párrafo séptimo del artículo 167 del presente Código.]

Tampoco serán procedentes en caso de que el imputado haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto.

Artículo 188. Procedencia

Los acuerdos reparatorios procederán desde la presentación de la denuncia o querrela hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio. En el caso de que se haya dictado el auto de vinculación a proceso y hasta antes de que se haya dictado el auto de apertura a juicio, el Juez de control, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal hasta por treinta días para que las partes puedan concretar el acuerdo con el apoyo de la autoridad competente especializada en la materia. En caso de que la concertación se interrumpa, cualquiera de las partes podrá solicitar la continuación del proceso.”⁴¹³

En cuanto a la suspensión condicional del proceso, el artículo 191 establece su definición, el 192 su procedencia, el 193 la oportunidad para solicitarse y finalmente el 194 el plan de reparación, que a la letra dicen:

“Artículo 191. Definición

Por suspensión condicional del proceso 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 refiere este Capítulo, 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.

Artículo 192. Procedencia

⁴¹³ Código Nacional de Procedimientos Penales (última reforma de 25 de abril de 2023), artículo 186, 187 y 188, en DOF, 5 de marzo de 2014.

La suspensión condicional del proceso, a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél, procederá en los casos en que se cubran los requisitos siguientes:

- I. Que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años;
- II. Que no exista oposición fundada de la víctima y ofendido,
- III. Que hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento, de una suspensión condicional anterior, en su caso.

Lo señalado en la fracción III del presente artículo, no procederá cuando el imputado haya sido absuelto en dicho procedimiento.

Artículo 193. Oportunidad

Una vez dictado el auto de vinculación a proceso, la suspensión condicional del proceso podrá solicitarse en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura de juicio, y no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales respectivos.

Artículo 194. Plan de reparación

En la audiencia en donde se resuelva sobre la solicitud de suspensión condicional del proceso, el imputado deberá plantear, un plan de reparación del daño causado por el delito y plazos para cumplirlo.”⁴¹⁴

Por último, sobre el CNPP en relación con nuestra materia, aunque no se hace alusión específica al concepto “justicia restaurativa” en el cuerpo del texto, por primera vez, se mencionan los mecanismos alternativos de solución de controversias, concretamente se pueden encontrar en el título V “Sujetos del procedimiento y sus auxiliares”, capítulo II, como derecho de la víctima u ofendido a participar en éstos (artículo 109, fracción X) “a participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias”; como obligación del defensor a promoverlos (artículo 117, fracción C) “promover a favor del imputado la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables;” y como obligación del MP a promoverlos (artículo 131, fracción XVIII) “Promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, de conformidad con las disposiciones aplicables;”.

⁴¹⁴ Código Nacional de Procedimientos Penales (última reforma de 25 de abril de 2023), artículo 191, 192, 193 y 194, en DOF, 5 de marzo de 2014.

Justamente en el siguiente apartado hablaremos en concreto Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (MASC) en donde se ahonda en el detalle y la especificación de cada uno de ellos.

2.3.2. Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal

El 29 de diciembre de 2014 se expidió la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASC) como una ley especializada, conforme al artículo primero de la propia ley teniendo como objeto establecer los principios, bases requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos en materia penal previstas en la legislación procedimental.

“Artículo 1. Objeto general

Las disposiciones de esta Ley son de orden público e interés social y de observancia general en todo el territorio nacional y tienen por objeto establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las Soluciones Alternas previstas en la legislación procedimental penal aplicable. Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal tienen como finalidad propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

Artículo 2. Ámbito de competencia

Esta Ley será aplicable para los hechos delictivos que sean competencia de los órdenes federal y local en el marco de los principios y derechos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

La competencia de las Instituciones especializadas en mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal dependientes de las Procuradurías o Fiscalías y de los Poderes Judiciales de la Federación o de las entidades federativas, según corresponda, se determinará de conformidad con lo dispuesto por la legislación procedimental penal y demás disposiciones jurídicas aplicables.”⁴¹⁵

⁴¹⁵ Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASC), última reforma del 20 de mayo de 2021, artículos 1 y 2, en *DOF*, 29 de diciembre de 2014

La LNMASC contempla en su artículo 3, fracción IX tres mecanismos alternativos: mediación, conciliación y junta restaurativa. Para algunos autores, como Champo “podemos ver que al establecer los mecanismos alternativos se habla de mediación y conciliación, no así de encuentro víctima-victimario desde la óptica de la justicia restaurativa”, en esa línea también María Maltos apunta,

“La LNMASC debería contener modelos de justicia restaurativa que permitan la reparación integral del daño causado a las víctimas del delito. Sin embargo, no cumple totalmente esta finalidad, pues de los tres mecanismos alternativos que consagran, solamente la ‘junta restaurativa’ es propiamente un modelo de justicia restaurativa. Tanto la conciliación como la mediación están redactadas en la LNMASC siguiendo modelos civiles, no penales.”⁴¹⁶

En el mismo sentido, Champo también complementa,

“Podría pensarse que la Ley Nacional recoge la ideología y doctrina de la justicia restaurativa, ya que define correctamente los mecanismos alternativos, contempla las juntas restaurativas y regula los principio que los rigen de manera como lo indica la doctrina. Pero esta idea inicial es borrada en el momento que sólo procederán los mecanismos alternativos en los casos previstos por la legislación procedimental (artículo 5o., procedencia), y que la oportunidad será hasta antes del dictado del auto de apertura a juicio oral (acusatorio) o previo a las conclusiones (mixto inquisitivo).

[Además] la Ley Nacional contempla los mecanismos alternativos, preferentemente, como una herramienta para evitar el juicio, para terminar el proceso anticipadamente, no como complemento a la justicia penal, en la cual las formas de justicia restaurativa y los acuerdos pudieran tomarse en cuenta en la sentencia para la sustitución de la pena o individualizarla o, inclusive, en la etapa de ejecución para cumplir con los fines de la pena (prevención especial y general positivas). La Ley Nacional asume que los mecanismos alternativos sólo funcionan en delitos no graves y que en los graves una sentencia penal resuelve conflictos y repara integralmente el daño a la víctima; visión que consideramos muy limitada.”⁴¹⁷

Sin embargo, a pesar de sus (desde mi punto de vista) bien fundamentadas críticas, antes de seguir ahonando en ellas, que más bien será materia de las conclusiones de este documento, me limitaré a explicar con un poco más de detalle sobre lo que esta ley determina. De esta

⁴¹⁶ Maltos, María “La justicia restaurativa en ‘leyes’ nacionales mexicanas” en *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de la justicia. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), año 16, no. 20, p. 37

⁴¹⁷ Champo, Nimrod, “La justicia restaurativa en el derecho mexicano”, en *Temas y tópicos jurídicos a propósito de Serafín Ortiz Ortiz*, Rivera, Daniela, Soberanes José Luis (coords), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 115, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6028/8.pdf> (última vez consultado 12 de julio 2023)

forma, lo primero que tenemos que saber es que como resultado de un mecanismo alternativo, ya sea conciliación, mediación o junta restaurativa y tomando en consideración lo señalado por el CNPP lo que podremos lograr será:

1. Acuerdo reparatorio
2. Proyecto de plan de reparación por cumplir para presentar a aprobación o modificación del juez de control en una suspensión condicional del proceso.

Dicho lo anterior, en el título segundo de la multicitada ley “De los mecanismos alternativos” es donde se citan las principales disposiciones, el título está dividido en 5 capítulos, el primero de ellos se refiere a las “Disposiciones comunes”, el artículo 7 establece los derechos de los intervinientes, mientras que el 8 enumera sus obligaciones y el 9 y 10 la forma de solicitud e inicio de mecanismo, destacando que puede hacerse de manera escrita u oral. Durante la etapa de investigación inicial, el MP fomentará la aplicación de los mecanismos alternativos y, en caso de la aceptación de las partes, los derivará al órgano adscrito a las fiscalías. Después de la vinculación a proceso será el juez quien derive el asunto, pero serán las partes quienes podrán elegir entre el órgano adscrito a la fiscalía o al tribunal (artículo 11). Además en los artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 se habla de la admisibilidad, registro del mecanismo e invitación al requerido, además se establece que se realizarán sesiones previas de carácter informativo y explicativo y en caso de que las partes acepten, su manifestación se hará constar por escrito, se podrá contar con un abogado sin posibilidad de intervención, por último, se estipula llque la participación en un mecanismo alternativo puede incidir en el proceso, ya que cuanod una persona se encuentre detenida en flagrancia implicará que sea puesta en libertad o que se revise la medida cuatelar si se encuentra en prisión preventiva.

Ahora bien, el capítulo II, III y IV hablan de la mediación, conciliación y junta restaurativa respectivamente, hablaremos de cada una de ellas como las medidas alternativas previstas en el LNMASC con mayor detenimiento.

En primer lugar, la LNMASC en su artículo 21 conceptualiza a la mediación de la siguiente manera,

“Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta. El Facilitador durante la mediación propicia la comunicación y el entendimiento mutuo entre los Intervinientes.”⁴¹⁸

⁴¹⁸ Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASC), última refoma del 20 de mayo de 2021, artículo 21,, en *DOF*, 29 de diciembre de 2014

La LNMASC es omisa en cuanto a los casos en que es más adecuado un mecanismo u otro, sin embargo, en la práctica en la mediación la persona que facilita sí profundiza en el trabajo de emociones de los involucrados, buscando una transformación en la relación de las partes.

“Así como esta redactado en la LNMASC [la mediación] es propia de otras materias como la civil, por lo que para aplicarlo tal cual lo señala la Ley, el conflicto debería ser co-construido o de lo contrario se corre el riesgo de revictimización, al poner a una persona que ha sufrido un daño sin haberlo ocasionado o buscado en una mesa ‘moralmente equitativa’ con quien lo ocasionó.

[...] Este mecanismo está recomendado para aquellos casos en los que las personas intervinientes tenían alguna relación previa o por algún motivo seguirán teniendo interacción [...] Ejemplo: lesiones en riña entre parientes, vecinos o personas que trabajan en espacios comunes.”⁴¹⁹

En segundo lugar, la LNMASC en su artículo 25 conceptualiza la conciliación de la siguiente forma,

“Es el mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados. Además de propiciar la comunicación entre los Intervinientes, el Facilitador podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas.”⁴²⁰

De tal manera, aunque el capítulo es muy escueto y la LNMASC como en el caso de la mediación es omisa en cuanto a los casos en que sea más conveniente el uso de este mecanismo se entiende que,

“La persona que facilita ‘valida emociones’ pero no profundiza en el trabajo de las mismas, tampoco busca una transformación en la relación entre las partes. Su objetivo principal es llegar a un acuerdo lo más justo posible. Por lo anterior, este mecanismo está recomendado para aquellos casos en los que las personas no intervinientes no se conocían y no seguirá habiendo contacto entre ellas, el nivel emocional es relativamente bajo y la reparación

⁴¹⁹ Maltos, María “La justicia restaurativa en ‘leyes’ nacionales mexicanas” en *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de la justicia. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), año 16, no. 20, p. 38.

⁴²⁰ Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASC), última reforma del 20 de mayo de 2021, artículo 25, en *DOF*, 29 de diciembre de 2014

parece referida, en un primer momento solo a cuestiones económicas. Ejemplo: un accidente de tránsito donde hay daños, pero no lesiones.”⁴²¹

En tercer lugar, en el capítulo IV de la LNMASC se refiere a la “junta restaurativa” que en opinión de María Maltos, el único mecanismo previsto en la ley que sí es un modelo de justicia restaurativa⁴²², en su artículo 26 la ley la define de la siguiente manera:

“La junta restaurativa es el mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un Acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social.”⁴²³

En la junta restaurativa, a diferencia de los otros mecanismos previstos en la LNMASC sí hay una víctima y persona ofensora claramente definidas y además se prevee la posible participación de la comunidad. En los artículos siguientes al concepto hay una descripción minuciosa del procedimiento de la junta restaurativa que implica sesiones previas de preparación y finalmente una sesión conjunta en la que se da el encuentro. Es importante señalar que la ley señala como criterio para recurrir al uso de la junta restaurativa la naturaleza del caso, pero no especifica nada más.

Ahora bien, los alcances del acuerdo reparatorio derivado de una junta restaurativa se establecen en el artículo 29 y comprende lo siguiente:

- I. “El reconocimiento de responsabilidad y la formulación de una disculpa a la víctima u ofendido en un acto público o privado, de conformidad con el Acuerdo alcanzado por los intervinientes, por virtud del cual el imputado acepta que su conducta causó un daño;
- II. El compromiso de no repetición de la conducta originadora de la controversia y el establecimiento de condiciones para darle efectividad, tales como inscribirse y concluir programas o actividades de cualquier naturaleza que contribuyan a la no repetición de la conducta o aquellos programas específicos para el tratamiento de adicciones;
- III. Un plan de restitución que pueda ser económico o en especie, reparando o reemplazando algún bien, la realización u omisión de una determinada conducta, la

⁴²¹ Maltos, María, *op. cit.* p. 37.

⁴²² *Ibidem*, p. 38

⁴²³ Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASC), última reforma del 20 de mayo de 2021, artículo 26, en *DOF*, 29 de diciembre de 2014

prestación de servicios a la comunidad o de cualquier otra forma lícita solicitada por la víctima u ofendido y acordadas entre los Intervinientes en el curso de la sesión.”⁴²⁴

Ahora bien, la LNMASC prevé las reglas generales aplicables a los mecanismos alternativos en los artículos 30, 31 y 32; los requisitos, contenido, revisión, cumplimiento y efectos de los acuerdos en los artículos 33, 34 y 35 y finalmente se estipulan los órganos encargados de los mecanismos alternativos en el artículo 36. En el título cuarto “de las bases para el funcionamiento de los mecanismos alternativos” se establece la obligación a las procuradurías o fiscalías de contar con órganos especializados en mecanismos alternativos de resolución de controversias, mientras que para los tribunales este cumplimiento es opcional. Por último, en el capítulo II del mismo título “de los facilitadores” se emiten los criterios y requisitos para ser facilitador.

2.3.3. Ley Nacional de Ejecución Penal

La Ley Nacional de Ejecución Penal fue publicada el 16 de junio de 2016 en el Diario Oficial de la Federación y en su texto incorpora el tema de la justicia restaurativa, de hecho a diferencia de las otras leyes anteriormente referidas, en la LNEP el título sexto de la ley, capítulo I se denomina “justicia restaurativa” y aunque como en las otras leyes faltan precisiones y quisiéramos ver mucho más contenido, es un avance a reconocerse en lo que respecta a los encuentros víctimas-victimarios, a la reparación integral del daño y al interés por satisfacer lo que no necesariamente una sentencia condenatoria satisface a las víctimas.

Antes de entrar en mayor detalle, cabe aclarar que la LNEP, en tanto “ejecución penal” es aplicable para personas privadas de su libertad por estar sujetas a medida cautelar de prisión preventiva y para aquellas que lo están con una sentencia condenatoria de pena de prisión. Así se establece con mayor claridad en el artículo 200 de la propia ley en comento,

“Artículo 200. Objeto de la justicia restaurativa en la ejecución de sanciones

En la ejecución de sanciones penales podrán llevarse procesos de justicia restaurativa, en los que la víctima u ofendido, el sentenciado y en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, participan de forma individual o conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, con el objeto de identificar las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como a coadyuvar en la reintegración de la víctima u ofendido y del sentenciado a la comunidad y la recomposición del tejido social.

⁴²⁴ Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASC), última reforma del 20 de mayo de 2021, artículo 29, en *DOF*, 29 de diciembre de 2014

Artículo 202. Procedencia

Los procesos de justicia restaurativa serán procedentes para todos los delitos y podrán ser aplicados a partir de la emisión de sentencia condenatoria. En la audiencia de individualización de sanciones en el caso de que se dicte sentencia condenatoria, el Tribunal de Enjuiciamiento informará al sentenciado y a la víctima u ofendido, de los beneficios y la posibilidad de llevar a cabo un proceso de justicia restaurativa; en caso de que por acuerdo de las partes se opte por el mismo, el órgano jurisdiccional canalizará la solicitud al área correspondiente.

Artículo 203. Alcances de la justicia restaurativa

Si el sentenciado se somete al proceso de justicia restaurativa, el Juez de Ejecución lo considerará como parte complementaria del plan de actividades.⁴²⁵

Sobre los artículos anteriormente citados algo a destacar puede ser que en la procedencia del proceso restaurativo se establece que podrá operar para todos los delitos, lo cual a diferencia de lo establecido en la LNMASC abre un espectro mucho más grande.

También, en cuanto a los “alcances” de la justicia restaurativa hay que mencionar que la ley es poco clara, sin embargo, lo que se alcanza a entender es que si el sentenciado se “somete” a un proceso de justicia restaurativa como indica el artículo 203 de la LNEP lo considerará el Juez de Ejecución como parte complementaria del plan de actividades, al que la propia ley define como (artículo 3, fracción XX):

“Plan de actividades: A la organización de los tiempos y espacios en que cada persona privada de la libertad realizará sus actividades laborales, educativas, culturales, de protección a la salud, deportivas, personales y de justicia restaurativa, de conformidad con el régimen y organización de cada Centro.”⁴²⁶

Así, según el artículo 9, fracción XI la persona privada de su libertad tiene derecho a participar en la integración de su plan de actividades y según el artículo 11, fracción VII tiene la obligación de cumplirlo. Así mismo el efecto de la participación en el plan de actividades se puede ver reflejado en el Título V de la misma ley donde se establecen los llamados “beneficios preliberaciones” para los cuales se estipula entre sus requisitos el cumplimiento

⁴²⁵ Ley Nacional de Ejecución Penal, última refoma del 16 de junio de 2016, artículos 200, 202 y 203, en *DOF*, 16 de junio de 2016.

⁴²⁶ Ley Nacional de Ejecución Penal, última refoma del 16 de junio de 2016, artículo 3, Fracción XX, en *DOF*, 16 de junio de 2016.

del plan de actividades y la reparación del daño, de esta forma puede aplicar para la *libertad condicionada* (artículo 136) entendiéndose según la ley para personas sentenciadas bajo la modalidad de supervisión con o sin monitoreo electrónico y la para la *libertad anticipada* (artículo 141) entendiéndose según la ley como aquella que extingue la pena de prisión y otorga libertad al sentenciado, persistiendo, en su caso, únicamente, las medidas de seguridad o sanciones no privativas de la libertad que se hayan determinado en la sentencia correspondiente. También se establece en el artículo 151 de la mencionada ley que ante la posibilidad de preliberación por criterios de política penitenciaria y ante la falta de recursos económicos de la persona privada de la libertad, puede recurrirse a los “mecanismos alternativos” o “procedimientos de justicia restaurativa” y la posibilidad de sustitución de la pena ante ciertos requisitos (artículo 144, fracción IV).

Ahora bien, lo otro que hay que destacar de la LNEP es cómo se contempla el proceso restaurativo, a la letra el artículo 204 establece:

“Artículo 204. Procesos restaurativos

Los procesos restaurativos se llevarán a cabo con la participación del sentenciado en programas individuales o sesiones conjuntas con la víctima u ofendido, en las cuales podrán participar miembros de la comunidad y autoridades, atendiendo al caso concreto y con el objetivo de analizar con las consecuencias derivadas de delito. Los procesos de justicia restaurativa en los que participe la víctima u ofendido y el sentenciado constarán de dos etapas: preparación, y encuentro, en las cuales se contará con la asistencia de un facilitador.

Serán requisitos para su realización los siguientes:

- a) Que el sentenciado acepte su responsabilidad por el delito y participe de manera voluntaria;
- b) Que la víctima dé su consentimiento pleno e informado de participar en el proceso y que sea mayor de edad;
- c) Verificar que la participación de la víctima y del sentenciado se desarrolle en condiciones seguras.

La etapa de preparación consiste en reuniones previas del facilitador con el sentenciado y en su caso sus acompañantes; para asegurarse que están preparados para participar en un proceso de justicia restaurativo y aceptan su responsabilidad por el delito; reuniones previas del facilitador con la víctima u ofendido y en su caso sus acompañantes; para asegurarse que están preparados para participar en un proceso de justicia restaurativo y no existe riesgo de revictimización y en caso de que participen autoridades o miembros de la comunidad, reuniones previas del facilitador con los mismos, para asegurar su correcta participación en el proceso.

La etapa de encuentro consiste en sesiones conjuntas en las que el facilitador hará una presentación general y explicará brevemente el propósito de la sesión. Acto seguido, formulará las preguntas previamente establecidas [...]"⁴²⁷

Finalmente lo último que hay que destacar de la LNEP es que en su texto también se prevé la mediación penitenciaria, que aunque no tiene que ver con los delitos por los cuales las personas están privados de su libertad, ni con las víctimas de sus procesos, sí propone una manera de resolución de conflictos al interior de las cárceles interesante, sobre todo si contemplamos que estos espacios de cierre suelen ser especialmente conflictivos, de tal manera, el artículo 206 señala al respecto:

“Artículo 206. Mediación penitenciaria

En todos los conflictos inter-personales entre personas privadas de la libertad o entre ellas y el personal penitenciario derivado del régimen de convivencia, procederá la Mediación Penitenciaria entendida como el proceso de diálogo, auto-responsabilización, reconciliación y acuerdo que promueve el entendimiento y encuentro entre las personas involucradas en un conflicto generando la pacificación de las relaciones y la reducción de la tensión derivada de los conflictos cotidianos que la convivencia en prisión genera. Para su aplicación, se seguirán las disposiciones contenidas en esta Ley, el Protocolo correspondiente y en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.”⁴²⁸

⁴²⁷ Ley Nacional de Ejecución Penal, última reforma del 16 de junio de 2016, artículo 204, en *DOF*, 16 de junio de 2016.

⁴²⁸ Ley Nacional de Ejecución Penal, última reforma del 16 de junio de 2016, artículo 206, en *DOF*, 16 de junio de 2016.

CONCLUSIONES

Las conclusiones de este trabajo podrían escribirse en varios sentidos, en primer lugar, vale la pena decir que considero que una tesis de estas características no sólo resulta oportuna, sino urgente tomando en cuenta un contexto mundial en donde existe un país como El Salvador, por ejemplo, con Nayib Bukele de presidente, que con el pretexto de erradicar la violencia pandillera de su país ha implementado las prácticas más punitivas, estigmatizantes, carcelarias, excluyentes, de cancelación absoluta y con múltiples violaciones a derechos humanos, y aunque este tema en sí mismo sería para análisis de otra tesis, es en este y otros contextos donde se coloca hoy en día este trabajo de investigación y es por ello que cobra especial relevancia y no sólo tiene absoluta vigencia, sino que considero urgente discutirlo.

Como establecí en el cuerpo del texto, para empezar, es innegable que para hablar de justicia restaurativa es indispensable primero conocer y luego plantear algunos de los más problemáticos y relevantes cuestionamientos a los postulados teóricos, a su eficiencia y a la razón de ser de la justicia retributiva, pues es indiscutible, que como dice Zehr, nosotros veamos el crimen a través de un lente retributivo. De esta forma, resulta relevante reconocer la importancia de entender el retribucionismo, pues para bien o para mal, los retribucionistas y luego los neoretribucionistas instauraron sin duda el sistema de justicia penal que sigue siendo hegemónico hasta nuestros días.

En ese sentido, la justicia retributiva es un modelo basado en el castigo y considera que el rol de la justicia debe ser administrar dosis justas de dolor como respuesta, compensación, reacción o retribución para quien generó el dolor con la comisión de un crimen. De esta forma, la justicia retributiva considera que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido, así, la base teórica de sus postulados descansa la idea de que hay que devolver el mal con mal para ajustar el marcador “ojo por ojo” y con esto no se persigue otro fin, más que la retribución de los delitos. De esta manera y bajo el lente retributivo, la justicia es entendida como la equivalencia de males.

Así, aunque es la respuesta más común y existe una aparente aceptación arraigada que aprovecha bien el populismo punitivo que establece que la prisión es igual a justicia, las cárceles de ninguna manera son una medida eficiente para atender el delito y reparar el daño. Además, la justicia retributiva no toma en cuenta el contexto social, político, cultural de las personas que delinquen, crea dos partes antagónicas que muchas veces no sólo pertenecen a una misma sociedad, sino incluso a veces a una misma familia, complejizando así y afectando los lazos íntimos y más importantes de quienes están confrontados en un conflicto. Aunado a lo anterior, la justicia retributiva no se preocupa por atender las causas,

sino por castigar el delito, olvidándose por completo de las necesidades de la víctima y del victimario. Por si fuera poco, la cárcel, como el castigo más comúnmente asociado a la justicia retributiva que consagra por sí misma muchísimas problemáticas que no sólo no resuelven el conflicto delictivo, sino que lo profundizan y agudizan, además el sistema carcelario es uno selectivo que afecta principalmente a los pobres, y con ello no se criminaliza la pobreza, sino al contrario, se pone el énfasis en que aunque los ricos cometan delitos, suelen eludir con mayor frecuencia las sanciones penales. Esto entendido también en contextos neoliberales, que, aunque como se refiere en el texto, sería un error hacer una relación simplista entre modelos neoliberales y sistemas retributivos, es un hecho irrefutable que el neoliberalismo ha traído precarización de la vida y ensanchamiento de las desigualdades que reduce derechos sociales y excluye a unos cuantos, y este sistema también necesita de un espacio donde quepan sus excluidos, ese espacio se llama la cárcel y está llena, principalmente de gente pobre, que ha cometido delitos menores.

En este sentido, como se ha planteado a lo largo de la tesis, el planteamiento disruptivo del abolicionismo carcelario es trascendente pues, además de plantearse como un horizonte utópico y se reconocen las utopías como los motores para todo cambio profundo, lo primero que debemos provocar, tal como lo plantean los abolicionistas es salir del *statu quo*, incomodarnos con el sistema de justicia penal que aún predomina, desarraigar la creencia de que nuestro sistema de justicia es finito e inamovible y que no nos resulte cómodo ni normal que la gente que entra en prisión sea *eliminada* para la sociedad, que no nos acostumbremos a la “muerte social”, al “cementerio de los vivos”, que nunca nos sintamos cómodos respecto del castigo, que dejemos de normalizarlo, que lo problematicemos, saliendo así, como plantean algunos autores, de la trampa del neorretribucionismo que ha conseguido que a la larga nos sintamos a gusto con el castigo.

Es a partir de esta potente idea que podemos empezar a pensar la justicia restaurativa como un nuevo paradigma y como plantea Zehr elegir un nuevo lente, es decir los nuevos supuestos que hacemos sobre el delito y la justicia para salir del laberinto y plantear nuevas formas de entender el problema y sugerir soluciones, de esta forma, la justicia restaurativa es una nueva perspectiva ética que no ratifica lo dado, lo encontrado, lo heredado, sino que lo contradice, lo problematiza, lo desmienta y lo niega, así propone valores alternativos, no tecnologías alternativas para el conflicto.

En este sentido, tal como lo abordé en el cuerpo de la tesis, la justicia restaurativa es un nuevo paradigma de la justicia, entendida como ejemplo de elementos que siguen algún patrón, diseño o modelo que pone al centro la reafirmación de la dignidad humana.

Casi para terminar, destacar que en términos del marco regulatorio que da pie a los contenidos que existen en materia restaurativa en México, es relevante decir que a pesar de la innegable importancia de la reforma constitucional del 2008 en nuestro país con la incorporación del énfasis de la reparación del daño y la alusión específica a los mecanismos alternativos de solución de controversias (aunque nunca explícitamente a la justicia restaurativa) en el texto constitucional, así como la reforma del 2011 en materia de derechos humanos, en términos sustantivos las leyes secundarias nacionales que regulan la materia penal y restaurativa en nuestro país son realmente muy escuetas, los mecanismos previstos son básicamente conciliación, mediación y junta restaurativa, ésta última la única que realmente cumple con los objetivos restaurativos y están previstos legalmente sólo para acceder a los acuerdos reparatorios (antes del auto de apertura a juicio) o al plan de actividades (dentro de los centros de reinserción social). Además, para acceder a los acuerdos reparatorios o a la suspensión condicional del proceso se tienen que cumplir con una serie de requisitos estrictos que básicamente limita únicamente a los delitos menores, por querrela, sin violencia o culposos a acceder a estos mecanismos.

Dicho lo anterior, se concluye que los mecanismos alternativos de justicia penal no están previstos realmente como la justicia restaurativa teóricamente plantea, sino que aparentemente su motivación es únicamente la despresurización del sistema y no el cambio de paradigma. Es decir, los mecanismos alternativos de solución de controversias se prevén legalmente como, en el mejor de los casos, un complemento de los sistemas de justicia establecidos y no como un mecanismo destinado a reemplazarlos.

No se podría concluir este apartado sin precisar que la justicia restaurativa en ningún momento es sinónimo de impunidad, ni desconoce las responsabilidades que derivan de una persona que haya cometido un contrario, ni mucho menos, sino que propone una forma distinta de conceptualizar la justicia, en este sentido, no es menor, ni necesita estar supeditada a ningún otro método, ni pensada para delitos menores o de bajo impacto, la justicia restaurativa se puede incorporar en cualquier delito, los requisitos para que se pueda llevar a cabo un ejercicio reparador entendido integralmente como propone la CoLDH no están directamente relacionados con la gravedad del crimen, sino con la posibilidad de generar mecanismos que realmente atiendan las necesidades de las partes implicadas que derivan de un conflicto delictivo.

Por último, concluyo diciendo que, contrario al título de esta tesis, después de análisis y reflexión considero que la forma correcta de nombrar a la justicia restaurativa no debería ser con el término “restaurativo” sino “transformador”, esto porque *restaurar* nos evoca a *devolver, regresar o remontar* a las circunstancias previas al hecho, y bajo ningún concepto

buscamos regresar a ese momento inmediato anterior al conflicto delictivo, sino que lo que realmente se busca es la transformación estructural de las condiciones que colocaron en esa situación a quien cometió el delito, pues de lo contrario, sería muy probable que vuelva a cometer el delito. Es por ello que propongo que el nombre correcto para nombrar a este nuevo paradigma de la justicia penal debería ser “justicia transformadora”, esto sin dejar de lado, que aún más relevante que el nombre, es urgente que se tome en serio como un quiebre del paradigma retributivo y no sólo como despresurizador del sistema, sino realmente como remplazo de un sistema que a todas luces es obsoleto, no sirve para sanar, no resuelve conflictos y no genera paz, ni tranquilidad.

Para cerrar, es innegable que las habilidades necesarias para el desarrollo del enfoque restaurativo, suelen ser opuestas a las habilidades que hemos adquirido en la formación y en el ejercicio de la abogacía, por ejemplo, cuyo modelo dominante en el abordaje de conflictos es adversarial, vengativo, castigador, confrontativo y violento. En ese sentido, ojalá que este trabajo pueda aportar elementos a los estudios del derecho para desaprender lo que hemos aprendido, que la justicia penal sea cada vez sea menos punitivista, menos carcelaria y menos violenta, apostando para que la justicia penal a mediano o largo plazo incluso pudiese llegar a llamarse justicia restaurativa, reparadora o transformadora. Espero que esta pequeña contribución pueda servir para seguir cambiando el paradigma dominante, quisiera aportar elementos al debate para que en el sentido común se estableciera categóricamente que justicia es reparación del daño y desenterrar la idea de que la pena privativa de la libertad es igual a justicia y así nunca más volvamos a pensar las reformas a los sistemas de justicia sobre la base de estrategias de retribución, sino solo reparación y sin perder nunca la dimensión social de la responsabilidad penal.

Así, no hay camino para la paz, la paz es el camino.



Foto del archivo de Mujeres en Espiral



Foto del archivo de Mujeres en Espiral



Foto del archivo de Mujeres en Espiral



Foto del Archivo Mujeres en Espiral

FUENTES

- Abreu, Claudio, “Análisis estructuralista de la teoría del etiquetamiento” en *Diánoia*, vol. 64, no. 82, México, 2020.
- Abreu, Claudio, “Análisis estructuralista de la teoría del etiquetamiento” en *Diánoia*, vol. 64, no. 82, México, 2020.
- Alarcón, Claudia, *Construcción emocional en los espacios carcelarios: una aproximación restaurativa al conflicto y la violencia entre los jóvenes*, [Disertación doctoral inédita], Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2023.
- Bergman, Marcelo y Azaola, Elena, “Cárceles en México. Cuadros de una crisis” en *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, No. 1, Flacso, Ecuador, 2007, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5407124> (consultada 12 de marzo de 2023).
- Boaventura de Sousa, Santos, *Epistemologías del Sur*, Ediciones Akal, España, 2014.
- Borges, Juliana, *Encarcelaciones masivas, genero, raza, clase y guerra contra las drogas*, Madreselva, Argentina, 2021.
- Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *Justicia Restaurativa. Su injerencia en el proceso penal*, Tirant, México, 2019
- Champo, Nimrod, “La justicia restaurativa en el derecho mexicano”, en *Temas y tópicos jurídicos a propósito de Serafín Ortiz Ortiz*, Rivera, Daniela, Soberanes José Luis (coords), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 111, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6028/8.pdf> (última vez consultado 12 de julio 2023)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080 de 2018, p. 172 y 173.
- Código Nacional de Procedimientos Penales (última reforma de 25 de abril de 2023) en DOF, 5 de marzo de 2014.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma a la de 5 de febrero de 1857 (última reforma 25 de mayo de 2023), en Diario Oficial de la Federación (DOF), 5 de febrero de 1917.
- Corte IDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párr. 450, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf (última vez consultado 12 de julio de 2023).
- Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.
- Corte IDH , Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

- Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213.
- Davis, Angela, *¿Son las prisiones obsoletas?*, Bocavulvaria Ediciones, Argentina, 2017, p. 107
- Davis, Ángela, *Democracia de la Abolición, prisiones, racismo y violencia*, Trotta, España, 2016.
- Domingo, Virginia, “Aproximación a la justicia restaurativa”, disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/eciejur/eciejur_a2017n1/eciejur_a2017n1a3.pdf, (última vez consultado mayo 2023),
- Domingo, Virginia, “Dos puntos reelevantes para la justicia restaurativa”, 2023, disponible en: <https://www.lajusticiarestaurativa.com/dos-puntos-relevantes-para-la-justicia> (última vez consultado mayo, 2023).
- Domingo, Virginia, “Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la teoría a la práctica.” Lex Nova, Ed. Lex Nova Madrid, 2008, Número 23
- Domingo, Virginia, “La justicia restaurativa implica más transformación que restauración”, 2023, disponible en <https://www.lajusticiarestaurativa.com/la-justicia-restaurativa-implica-mas> (última vez consultado: marzo, 2023).
- Domingo, Virginia, “Reparación o restauración”, 2023, disponible en: <https://www.lajusticiarestaurativa.com/reparacion-o-restauracion> (última vez consultado, mayo 2023).
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Tercera reimpresión, Trotta, España
- Gamboa, Jorge, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf> (última vez consultado 12 de julio 2023)
- Gandhi, *Política de la No Violencia*, Diario Público, España, 2010
- Gasparello, Giovanna y Quintana, Jaime, *Raíces de nuestra justicia. Testimonios de Justicia Indígena e Intercultural*, Servicio Paz y Justicia (SERPAJ- México), Caminantes: Centro Studi e Documentazione Multimediale su Messico e América Latina, Instituto de Investigaciones Interdisciplinarias para la Transformación Social (III-TS) México, 2018
- Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, Amorrortu, 2ª edición, 2020.
- Gómez, Nieves; Palacios, Anna y Pérez, Luisa, *Justicia restaurativa en casos de odio y discriminación*, Insitut de Drets Humans de Catalunya, España, 2021

- González y otras (“Campo Algodonero”) vs.. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), Sentencia 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas),
- Herradón Pavón, David, “Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el ordenamiento jurídico penal español” en *Revista Pena México*, Septiembre 2015-Febrero 2016, Número 9
- Hulsman, Christie, Mathiesen *et al*, Ciafardini, Mariano y Bondanza, Mirta (traductores), *Abolicionismo penal*, Ediar, Argentina, 1989
- Kemelmajer, Aída, “En búsqueda de la tercera vía. La llamada ‘Justicia Restaurativa’ o ‘Reparativa’, ‘Reintegrativa’ o ‘Restitutiva’” en *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Ramírez, Sergio (coordinador), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), México, 2005
- Laurrari, Elena, “Justicia Restauradora y violencia doméstica”, en el marco del proyecto La credibilidad de las penas alternativas a la prisión, 2005, disponible en: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325076458_Justicia%20Restauradora%20y%20Violencia%20Dom%C3%A9stica-%20Elena%20Laurrari.pdf (última vez consultado, mayo 2023).
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho penal. Parte General, Tomo. IV*, España, 2002
- Macedonio Hernández, Carlos Alberto; Carballo Solís, Lucely, “La justicia restaurativa como uno de los fundamentos para la reparación del daño por el delito causado a la víctima u ofendido” en *Revista IUS*, vol. 14, no.46 jul/dic 2020, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2020.
- Macedonio, Carlos; Carballo, Lucely, “La justicia restaurativa como uno de los fundamentos para la reparación del daño por el delito causado a la víctima u ofendido” en *Revista IUS*, vol. 14, no.46 jul/dic 2020, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2020
- Maltos, María “La justicia restaurativa en ‘leyes’ nacionales mexicanas” en *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de la justicia. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), año 16, no. 20.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Reppertor, España, 2016.
- Méndez, Vanessa y Hernández, Norberto “Justicia restaurativa y Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, 13, 2020, p. 17, disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7359> (última vez consultado 12 de julio 2023)

- Morselli, Elio, “Neo retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la penal” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, Fasc/mes 1, 1995
- Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, “Justicia Restaurativa: Informe del Secretario General”, (7 de enero de 2002), disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_11/E-CN15-2002-05-Add1/E-CN15-2002-5-Add1_S.pdf
- Nils Christie, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2001
- Núñez, Lucía, *El giro punitivo, neoliberalismo, feminismos y violencia de género*, disponible en <https://lucianunez.mx/wp-content/uploads/2019/09/ElGiroPunitivoRevPoliticaYCultura-2.pdf> (última vez consultado mayo 2023).
- Ley Nacional de Ejecución Penal, última refoma del 16 de junio de 2016, en *DOF*, 16 de junio de 2016.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMASC), última refoma del 20 de mayo de 2021, en *DOF*, 29 de diciembre de 2014.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*, (Nueva York, 2006), disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf
- Pérez Correa, Catalina, “Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho” en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 75, no. 2, México, 2013, disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032013000200005#n0a (consultado 13 de marzo de 2023).
- Pérez Correa, Catalina, *Marcando al delincuente* en *Revista Mexicana de Sociología* 75, núm 2 (abril-junio, 2013).
- Pérez Correa, Catalina, *Marcando al delincuente* en *Revista Mexicana de Sociología* 75, núm 2 (abril-junio, 2013).
- Pettit, Philip y Braithwaite, John, *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Siglo XXI, Argentina, 2015
- Pividori, Ariel (coordinador), *Justicia Restaurativa. Aportes y reflexiones sobre el campo restaurativo y la cultura de la paz*, Defensoría del Pueblo, Fundación Latinoamericana Objetivo 16, Argentina, 2021.
- Postay, Maximiliano (compilador), *El abolicionismo penal en América Latina, imaginación no punitiva y militancia*, Editores del Puerto, Argentina, 2012

- Resolución 40/34, Asamblea General “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder” (29 de noviembre de 1985), disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse>
- Roxi, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, 4ª reimpresión, Civitatis, España, 2007
- Roxin, Claus “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones”, en: *Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, Consejo General del Poder Judicial, España, 1991, pp. 21 y 22 en Champo, Mihael, *Justicia Restaurativa. Su injerencia en el proceso penal*, Tirant, México, 2019
- Santoro, Estefanía, “Entrevista a Moira Pérez, doctora en filosofía y especialistas en violencias. Por qué el punitivismo no es la respuesta” en *Página 12*, 23 de abril de 2021, disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/336846-por-que-el-punitivismo-no-es-la-respuesta> (última vez consultado mayo 2023).
- Saucedá, José Benito; Zaragoza, José, “Justicia Restaurativa: del castigo a la reparación” en *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo*, Campos, Fernando, Cienfuegos, David (coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011
- Zaffaroni, Eugenio, *El enemigo en el derecho penal*, Ediciones Coyoacán, México, 2016.
- Zehr, Howard, *Cambiando de lente, un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, Herald Press, 3era edición, Estados Unidos, 2012
- Zehr, Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Estados Unidos de América, Good Books, 2010, p. 43.