

DOCTRINA

¿ES LA JUSTICIA RESTAURATIVA UN APORTE A LOS VALORES DEL SISTEMA JURÍDICO?

Por

Isabel Ximena González Ramírez

Universidad Central de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

Abstract: *Entre los valores más preciados del sistema jurídico se encuentra el acceso a la justicia, un derecho protegido constitucionalmente al que debieran poder optar todo ser humano cualquiera sea su condición. La Justicia Restaurativa, incorporada de una manera paulatina, pero formal a una organización que respete los principios y cultura propia de cada rama del Derecho y adecuando su implementación a las necesidades y costumbres particulares de cada comunidad, permite al Derecho ofrecer una posibilidad real de solución a los conflictos jurídicos, aportando a fortalecer el capital social, logrando que los ciudadanos aprendan a convivir en forma armónica con el conflicto y cuenten con herramientas para participar activa y colaborativamente en su solución*

SUMARIO:

I.- Introducción. II.- La fuerza en el derecho. III.- Los sistemas de justicia en el derecho penal. 3.1 Sistema distributivo. 3.2 Sistema retributivo. 3.3 Sistema restaurativo. 3.4 Comparación entre el sistema de justicia penal tradicional retributivo y distributivo con el sistema restaurativo. IV.- La justicia restaurativa. 4.1 Concepto de Justicia Restaurativa. 4.2 La Historia de la Justicia Restaurativa. 4.3 Objetivos de la Justicia Restaurativa. 4.4 Estructura de la Justicia Restaurativa. 4.5 Principios que guían las Prácticas de la Justicia Restaurativa. 4.6 La Justicia Restaurativa en el Sistema Judicial. 4.7 El Ámbito de Aplicación de la Justicia Restaurativa. 4.8 Beneficios de la Justicia Restaurativa. 4.9 Críticas a la Justicia Restaurativa. V.- Requerimientos de aplicación de la justicia restaurativa. VI.- Conclusiones. VII.-Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN

Entre los valores más preciados del Derecho se encuentra el acceso a la justicia, una facultad que está protegida constitucionalmente en forma universal, ya sea en forma expresa o implícita en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, esta facultad es la que da verdadero sentido a un sistema jurídico, dado que el fin último de estos es lograr que todas las personas puedan obtener justicia, no importando que régimen político inspire una organización social, ni que tipo de justicia intentemos instaurar en la sociedad, la idea es que ésta pueda ser alcanzada por cualquier ser humano, no importando su condición.

La Justicia Restaurativa, puede considerarse uno de los medios más acordes a la

realidad y necesidades de las personas de acceder a la justicia, un proceso más apropiado al que ofrecen hoy los sistemas tradicionales y posiblemente más cercano a la cultura y costumbres particulares de cada comunidad.

Esta nueva oferta, sólo puede ser incorporada de una manera paulatina, pero formal a una organización jurídica, respetando los principios propios de cada rama del Derecho y adecuando su implementación de manera de ofrecer una posibilidad real de solución a los conflictos jurídicos, aportando a fortalecer el capital social, logrando que los ciudadanos aprendan a convivir en forma armónica con el conflicto y cuenten con herramientas para participar activa y colaborativamente en su solución.

El Derecho está inspirado principalmente en la justicia distributiva y retributiva. Su aplicación en un procedimiento que debe necesariamente ser selectivo, deja muchos conflictos sin resolver, y aquellos resueltos, no siempre lo son de una forma satisfactoria para los ciudadanos, especialmente por la falta de participación colaborativa de las partes en su proceso de resolución, no logrando cumplir con las expectativas y necesidades de justicia de las personas.

El conflicto es una realidad cotidiana, propia de la interrelación social de los seres humanos que nunca va a desaparecer, razón por la cual debemos encontrar la mejor manera de convivir con él. Se ha cuestionado la doctrina, si es función del Derecho ser una herramienta útil para resolver las causas de los conflictos, especialmente los insertos en relaciones permanentes o de larga data, como las de familia, vecindad o escolares, o si los fines de esta ciencia sólo debieran focalizarse en dar soluciones a las consecuencias de los conflictos entre las partes, regulando las conductas permitidas, prohibidas y sus sanciones, cumpliendo de esta manera un rol de instrumento del control social.

El planteamiento por el que se opte, define el modelo de justicia que se deberá aplicar al sistema jurídico, distinguiendo entre una justicia distributiva, retributiva o restaurativa. A su vez, de esta decisión dependerá la participación que debe otorgarse a las partes en los procesos jurídicos.

Desde esta perspectiva, es importante preguntarse si cuenta la Justicia Restaurativa entre sus mecanismos, con herramientas sociales útiles para solucionar conflictos, civiles, laborales, comerciales y penales. Asumiendo que ello es así, cabría entonces observar cómo ha sido su evolución en la legislación comparada, y si su aplicación debe ser sustitutiva o complementaria.

El fracaso del sistema litigioso como única forma de dar solución a los conflictos jurídicos, se ve claramente reflejado en la aparición de nuevos fenómenos sociales como el Derecho Penal del Enemigo, el Derecho Penal de Autor y la expansión del Derecho Penal, en la que la comunidad exige al Estado otorgar mayor seguridad demandándole un más intenso control, lo que logra según Jesús María Silva Sánchez¹, que esta ciencia se transforme en un mecanismo puramente simbólico.

Se origina como contraposición de este sistema retributivo nuevas propuestas para el

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Eficiencia y Derecho Penal*, Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales, Editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1996, pp.119-120.

sistema de justicia, como la de la Justicia Restaurativa, probada en experiencias comparadas en países como Canadá, Inglaterra y Nueva Zelanda, las que permiten concluir que uno de los desafíos para mejorar el acceso a la justicia, es avanzar hacia un sistema que aplique un modelo que contemple el uso de mecanismos colaborativos, aportando soluciones más integrales a los conflictos jurídicos, como complemento del sistema judicial.

La presente propuesta no sostiene una solución exclusivamente privada frente al conflicto jurídico, ni tampoco exclusivamente judicializada, sino que da cabida a una nueva justicia, en la cual su intervención no sea tan temprana, que impida contar con las garantías de un debido proceso; ni tan tarde, que perjudique en forma definitiva las relaciones entre las partes. Por lo tanto, lo que se pretende es ampliar las formas de solución del conflicto jurídico, humanizando sus consecuencias a través de una intervención participativa, pertinente y oportuna para los involucrados.

Este artículo parte por hacer una referencia de la relación que existe entre la fuerza y el Derecho y si ésta es consustancial a su aplicación, lo que parece necesario apreciar con el objeto de evaluar si los principios y fundamentos de este nuevo enfoque pueden ser coherentes con los del Derecho, teniendo en consideración que los principios y mecanismos de la justicia restaurativa prescinden de la fuerza como elemento imprescindible para su ejercicio.

Posteriormente, el presente artículo observa las diferencias que emergen de la aplicación de los diversos sistemas de justicia usados en el ámbito del Derecho, realizando posteriormente, un análisis crítico de los fundamentos, principios y fines de la Justicia Restaurativa, terminando por concluir, que es necesario para mejorar el acceso a la justicia, incorporar al sistema formal judicial, un sistema restaurativo que opere de modo complementario y en otras ocasiones de manera sustitutiva a éste.

II.- LA FUERZA Y EL DERECHO

La norma penal desde la perspectiva de la doctrina positivista², es la que posee más identidad con el concepto de norma, dado que la esencia de la norma jurídica es la aplicación de la coacción. Por eso, la regulación jurídica es distinta de la regulación moral; mientras que la moral es simple y prescribe una determinada conducta³, la regulación jurídica es compleja y compuesta de dos normas. La norma jurídica, a diferencia de la moral, se dirige a dos sujetos; a aquel a quien se le impone el deber de conducta y al que se le impone el castigo por la contravención al deber. La teoría jurídica tradicional ha valorado como relevante la norma primaria, sin embargo, Hans Kelsen⁴, afirma ; que si suprimimos la norma secundaria queda una norma moral; en cambio, si suprimimos la primaria, la secundaria queda subsistente, pues expresa lo propio del derecho, que es la sanción.

Desde la perspectiva de la doctrina, para que el Derecho sea una eficaz técnica de control social, debe monopolizar el ejercicio de la fuerza reservándola para el Estado. Es así

² SQUELLA, Agustín; *Filosofía del Derecho*, 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003, pp. 369-373.

³ REYES SOTO, Nelson; *Apuntes de curso de Teoría del Derecho*, Doctorado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2008.

⁴ REYES SOTO, Nelson; *Apuntes de curso de Teoría del Derecho*, Ob. Cit.

como la relación entre Derecho y fuerza ha sido recurrente⁵. Según la postura mayoritaria sustentada por Rudolf Stammler, Rudolf von Ihering e Immanuel Kant, la fuerza es un elemento constitutivo de lo jurídico, que permite al Derecho cumplir su función de regular la conducta social. Desde otra posición, la fuerza es un elemento anexo que no le da juridicidad a la norma, sino que le proporciona eficacia. Para el realismo jurídico escandinavo representado por Alf Ross, la fuerza es el contenido del Derecho, lo que significa que el Derecho no es más que fuerza regulada e institucional. Sin fuerza no hay Derecho, sino moral.

Herbert Hart niega la afirmación de que las leyes son órdenes coercitivas respaldadas por amenazas, ya que las órdenes no se aplican a quienes las sancionan como ocurre con el Derecho, por esto él habla de reglas.⁶

Como se observa, las normas jurídicas desde su origen han sido vinculadas con una sanción y con la fuerza, lo que hace complejo un análisis del sentido del Derecho como forma de solución pacífica a los conflictos sociales, ni parece tener tanta coherencia, la participación activa y vinculante de las partes en el proceso, porque éstas no son investidas con la autoridad del Estado para regular o sancionar por sí, una determinada conducta o resolver un conflicto jurídico.

Desde una perspectiva distinta a la observada, se revisará el vínculo entre Derecho y fuerza, analizando algunos aspectos doctrinarios planteados por la sociología, especialmente a partir de Foucault, Habermas y Luhmann.

Se observará, como Foucault⁷ distingue un régimen primitivo de la pena, que llama régimen de la prueba, que dirime los conflictos entre dos partes contendientes a través de juegos de azar o fuerza, es una forma arcaica de resolver los conflictos por el Derecho, en que el operador del Derecho (ordalía) no es la verdad sino la fuerza. Quien tiene la razón es quien tiene la fuerza. Derecho y fuerza o violencia serían lo mismo en una sociedad arcaica.

A Foucault, le interesa el régimen de indagación, porque permite ver como aparece la verdad en el Derecho, por que el régimen judicial tiende a sustituir la fuerza por la verdad, quien tiene el Derecho tiene la verdad. El régimen de indagación, es una operación que identifica razón y verdad. Este régimen de indagación aparece cuando entre las partes se impone un tercero que reclama para sí el conflicto del Derecho, esté es la autoridad el poder del Estado, que obliga a las partes a abstenerse de la violencia y se coloca a sí mismo como un árbitro, interesado en saber quién dice la verdad y quién tiene la razón.

Es así como Foucault, analiza el nacimiento de la verdad judicial, vinculada íntimamente a la fuerza. Verdad que tiene dos implicancias: la primera, es la obsesión de la autoridad por conocer la verdad, para lo que se valió de la tortura como operador de la verdad, uniendo nuevamente el Derecho y la fuerza y la segunda, es que la verdad fundamenta y alienta el castigo y la pena como suplicio. La verdad en consecuencia, es producida por la fuerza y la relación entre verdad y poder, está cristalizada por la justicia del Rey.

⁵ REYES SOTO, Nelson; *La Teoría de la Obligación en el Concepto de Derecho de H. L. A. Hart*, Revista de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 28, Valparaíso, Chile, 1986, pp. 243 y ss.

⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus; *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro y Carrio, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1961, pp. 45 y ss.

⁷ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, edición en español, Editorial Siglo Veintiuno Ediciones SA de CV. 1976, pp. 145-199.

En un tercer momento llamado ilustrado, Foucault descubre el proceso de humanización de la pena y del criminal, desde el siglo XVIII en adelante se produce la abolición de la tortura y castigos infamantes, sustentándose en teorías del contrato social, en que los hombres participan voluntariamente en una comunidad, y el criminal es el que rompe el pacto.

La pena puede tener dos caracteres, uno en que la sociedad tiene legítimo derecho a pedirle al infractor repare el mal causado, que según Durkheim, tiene carácter restitutivo⁸, y un segundo carácter preventivo, representado por el derecho de la sociedad de defenderse de posibles daños posteriores del delincuente, apartándolo de sí.

Foucault, considera que los sistemas judiciales actuales convergen en torno a la pena privativa de libertad, llamando al sistema moderno régimen de prisión. La prisión como un régimen de vigilancia, que mantiene vigilada a determinada población, lo que llama *panóptico*, expresión que proviene de Jeremy Bentham, pensador de la ilustración inglesa, que intenta diseñar una cárcel perfecta en que los centinelas vean a los presos sin que estos puedan verlos, pero sabiendo que son vistos. El panóptico (mirada circular no lineal) es importante en la teoría del poder, ya que éste siempre se ejerció al revés, sólo es visible quien tiene el poder, siendo invisible el dominado⁹. Esta mirada según Foucault, optimiza el control y la capacidad de sujetar, terminando con la vieja técnica del castigo, herramienta muy primitiva, inestable en el tiempo y con una limitación espacial, el Rey no puede mirar a todos y todo el tiempo. Sin embargo esta posibilidad ilimitada de control sobre el cuerpo y el tiempo del individuo, más que sobre la voluntad y la conciencia, que impide reeducar al infractor, lo aterroriza. Lo esencial del poder según Foucault, es el saber del Estado, conocer quiénes son los ciudadanos, ver sin ser visto.

La idea básica de Foucault, es que la razón se produce a sí misma como un dispositivo de poder y el saber es poder, y saber es conocer, mirar al otro, por lo que el conocimiento es una intervención, es un dispositivo de fuerza, de aprehender, capturar más que captar, que no significa de ningún modo establecer una relación de correspondencia, no es responder a la solicitud del otro, sino que es forzar las cosas para que sean lo que uno quiere que sean, manteniendo una relación de violencia o fuerza.

También será importante analizar como Jürgen Habermás, rescata la posibilidad de la racionalidad como forma legítima de un orden social. La sociedad se compone de dos dimensiones: a) el mundo de los sistemas: como la economía, la burocracia, administración gubernamental, judicial o el mundo del trabajo, donde opera la racionalidad estratégica, en que lo importante es el fin más eficiente para un determinado medio, donde no hay acuerdo ni entendimiento y b) el mundo de la vida, rescatado de la fenomenología alemana de Alfred Schutz y Thomas Luckmann¹⁰, donde opera la racionalidad comunicativa, que es un acervo de conocimientos, un mundo simbólico de los acuerdos, mundo que se da por hecho, pudiendo cuestionarse ciertas partes del acervo, lo que se centra en posibilidades de acuerdo entre personas, para lo que el autor plantea numerosos requisitos, como la fe de las personas en lograr un acuerdo. Este autor es de los únicos en la disciplina sociológica que rescata la fe en la

⁸ DURKHEIM, Émile. *Escritos Selectos. Introducción y selección de Anthony Giddens*, Traducción Ricardo Figueroa, Editorial Nueva Visión, Buenos Aires, 1993.

⁹ BENTHAM, Jeremías, *El Panóptico*, traducción VILLANOVA J, JORDÁN, Editorial La Piqueta, Madrid, 1989.

¹⁰ SCHUTZ, Alfred, LUCKMANN, Thomas, *Las Estructuras del mundo de la vida*, Editorial Amorrortu, Argentina, 2003.

razón para el logro de acuerdos¹¹.

Se observara además, como el Derecho para Habermas, es una visagra entre el mundo de la vida y el mundo de los sistemas, en el mundo de la vida se puede problematizar ciertos aspectos de una dimensión determinada, el Derecho entra en la dimensión social del mundo de la vida, en el aspecto normativo. El Derecho como institución formal es parte y al mismo tiempo regula el mundo de los sistemas, pero para crear el Derecho se requiere de acuerdos que se anclan en el mundo de la vida, como forma intersubjetivas de lograr consensos¹².

Para Habermas, el mundo de los sistemas, está colonizando el mundo de la vida, no dejando espacio a la intersubjetividad de la acción comunicativa. Un ejemplo de esto es el régimen procesal como sistema, rígido fundamentado por el principio de legalidad.

La solución colaborativa, se presenta como una resistencia a la colonización de los sistemas, trasladando la solución judicial, como producto de un proceso regulado por normas propias del operar sistémico, a un espacio donde se puede argumentar racionalmente y llegar a consenso.

En contraposición Luhmann¹³, parte de la idea de que la comunicación es improbable, primero: porque la persona puede no ser escuchada por el otro, segundo, si se la logra escuchar, puede no ser entendida y si se logra entender, aumenta las posibilidades de rechazo, permitiendo negarse u oponerse a lo planteado, es por eso que se requieren los medios simbólicamente generalizados de comunicación, propios de algunos sistemas diferenciados, como el sistema legal o judicial.

Al no actuar la sociedad dentro de la lógica del código del sistema, aumenta el riesgo de la negación contenida en la doble contingencia, (aquello que puede ser como no ser, alter se enfrenta a ego desde una inmensa posibilidad de potenciales selecciones u opciones).¹⁴

En este sentido la solución colaborativa, como alternativa al proceso judicial, sería un equivalente funcional menos eficaz, según este autor, que la idea de un sistema con medios simbólicamente generalizados de comunicación, que aumenta las posibilidades de aceptación, reduciendo la posibilidad de negación.

Los enfoques observados, nos permiten concluir que si bien tradicionalmente ha existido un imprescindible vínculo entre fuerza y Derecho, una parte de la sociología ha abierto la posibilidad de incorporar la comunicación, a través de la racionalidad dialógica, restaurando la fe en la convicción y por consiguiente en el cambio producido en los seres humanos, sin necesidad de alienación y dominación por parte de algún poder hegemónico.

Otra visión que ofrece posibilidades a la aplicación de la Justicia Restaurativa en el

¹¹ HABERMÁS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I y II*, traducción JIMÉNEZ REDONDO, Barcelona, Taurus, Madrid, 1987, pp. 161-280.

¹² HABERMÁS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Traducción JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

¹³ LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de los Sistemas*, traducción TORRES NAFARRATE, Javier, Editorial Universidad Iberoamericana, AC, México, 1996.

¹⁴ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales: Lineamientos para una Teoría General*, traducción PAPPE Silvia y otro, coordinador TORRES NAFARRATE, Javier, Editorial Anthropos, México, 1998.

Derecho, es la de John Rawls, que entiende la justicia como equidad, contraria a la fuerza, como un trato entre personas que cooperan y se comprometen unas con otras, reconociéndose como seres iguales. Equidad, concebida como una virtud de instituciones sociales, que denomina prácticas, que dice relación con el debido trato entre personas, que están cooperando o compitiendo unas con otras. Teoría, que parece contraria al utilitarismo clásico, en el que por razones utilitaristas justificaríamos situaciones ofensivas para nuestro sentido de justicia.¹⁵

“La cuestión de la equidad es fundamental para la justicia, surge cuando personas que carecen de poder o autoridad unas respecto a las otras, se embarcan en una actividad conjunta y establecen entre ellas las reglas que definen la actividad, determinando las cuotas de beneficios y cargas. Una práctica parecerá equitativa para las partes, si ninguna de ellas siente que por su participación esta sacando ventaja o esta siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas. Las personas embarcadas en una práctica justa o equitativa, pueden mirarse una a la otra y defender sus respectivas posiciones por referencia a principios que es razonable entender que cada uno acepte”¹⁶.

John Rawls, concibe la idea de un mutuo reconocimiento de principios por personas libres. Sólo si este reconocimiento existe, puede haber una verdadera comunidad entre personas, con prácticas comunes, de otro modo sus relaciones parecerían fundadas en la fuerza.

Este acuerdo entre personas libres, no es sin embargo un acto deliberativo que requiera de un contrato, error en el que según este autor, incurren los sostenedores de la doctrina del contrato social, basta que uno haya participado concientemente en una práctica aceptando sus beneficios como equitativos, para que no pueda uno negarse a una de sus obligaciones, ni considerarlas injustas. Si una persona rechaza una práctica debería declararlo de antemano evitando participar de ella y de sus beneficios, a esto se le ha denominado juego limpio o equitativo.

En esta teoría, se encuentran prácticas comunes a la Justicia Restaurativa, tales como: la intención de reparar, sentirse avergonzado y reconocer errores, como reconocimiento de las actuaciones que van en contra de los acuerdos comunes, al igual que el reconocer al otro como persona con intereses y sentimientos similares a los de uno mismo, requisito que exige este autor para la aplicación del la equidad o juego limpio, contrario a la fuerza. Los principios de justicia surgen unidos a los de reciprocidad y comunidad con la convicción de que carece de valor moral una satisfacción de un interés personal contraria a la comunidad.¹⁷

III.- LOS SISTEMAS DE JUSTICIA EN EL DERECHO

Para evaluar la posibilidad de integrar la Justicia Restaurativa en el sistema jurídico, es necesario esbozar al menos en términos sólo descriptivos, algunos conceptos usados por los

¹⁵ RAWLS, John, *Justicia como equidad*, Revista española de control externo, ISSN 1575-1333, Vol. 5, Nº 13, 2003, pags. 129-142.

¹⁶ RAWLS, John, *La justicia como equidad: una reformulación*, Edición Erin Nelly, traducción de FRANCISCO, Andrés de, Editorial Paidós 2002, Barcelona, pp. 42-74..

¹⁷ RAWLS, John, *Justicia como equidad*, Revista española de control externo, ISSN 1575-1333, Vol. 5, Nº 13, 2003, pp. 144 -158.

sistemas tradicionales de justicia distributiva y retributiva, sin hacernos cargo de analizar en profundidad esta materia desde la perspectiva de la filosofía del Derecho.

3.1 El sistema distributivo

Aristóteles¹⁸ plantea que en cada *polis* la justicia se manifiesta a través de un principio de distribución del bien, que rige las retribuciones por méritos, lo que supone un orden en la jerarquía social y educación en las virtudes, *dikaionê*.

La justicia distributiva se ha visto más vinculada con lo que es justo o correcto con respecto a la asignación de bienes en una sociedad. Los principios de la justicia distributiva son principios normativos diseñados para guiar la asignación de los beneficios y las cargas de la actividad económica. A menudo se le contrasta con la justicia retributiva, la cual se concentra en la proporcionalidad de los resultados y las consecuencias. Entonces el ciudadano necesita limitarse a obedecer reglas de distribución, sin que pueda justificar racionalmente, por que es justa esta distribución predeterminada.

Será luego de experiencias de este tipo cuando aprendiz logrará habituarse a actuar según un principio de justicia por mérito.

El libro V de la *Ética Nicomaquea* "De la Justicia", Aristóteles establece una distinción lingüística: se habla de justicia en dos sentidos diferentes. Ambos significados están referidos a las relaciones de las personas entre sí.

1º La justicia distributiva comprende un conjunto de acciones que tenían una especial importancia en el Estado antiguo y que prácticamente desaparecen en el Estado moderno. Se trata fundamentalmente de la distribución de bienes y de cargas. En este respecto Aristóteles dice, al final de capítulo III, que "lo justo es lo proporcional" pero esta es "una de las dos formas de lo justo".

2º La justicia correctiva la define Aristóteles, como aquella que tiene lugar en las relaciones entre personas. El término griego para estas relaciones abarca tanto a las transacciones civiles (contratos, préstamos, garantías, etc.) como aquellas otras que son acciones de tipo criminal. En efecto, las transacciones involuntarias comprenden las fraudulentas, como el hurto, y las violentas, como el homicidio.

3º Por último es necesario mencionar un tercer tipo de justicia, que los comentaristas actuales separan estrictamente de los dos anteriores. Se trata del capítulo 8, en el que Aristóteles discute la reciprocidad como forma de la justicia en las relaciones de intercambio. Sosteniendo la identidad de esta significación de justicia con las leyes positivas de cada estado, llega a un concepto central de las ciencias prácticas: la noción de tipo (*typos*). Pues postular la existencia de un tipo de acción (o de constitución) equivale para Aristóteles a postular la permanencia de una identidad por encima de la variedad de sus instancias. Vinculado a esto mismo aparece el llamado "argumento del consenso": Tesis aristotélica según la cual las leyes naturales son las leyes comunes a todos los pueblos civilizados, y por consiguiente se obtienen no de consideraciones generales sobre la naturaleza humana, no de la "naturaleza de las

¹⁸ SOTAQUIRÁ, Ricardo; *La Justicia en Aristóteles*, en <http://fis.unab.edu.co/docentes/rsotaqui/deontologia/resumen-aristoteles.pdf> (última visita 19.01.2009).

cosas”, sino inductivamente a partir de un estudio comparado de las diversas legislaciones. La justicia como tal, representa un fin en sí mismo, que debe restablecer el orden establecido por la ley, en respeto al Estado.

Otra forma de tratar la justicia distributiva, es la propuesta por John Rawls, con el principio de la diferencia, basado en los recursos y en lo que las personas merecen a causa de su trabajo¹⁹.

La obra de este autor *A Theory of Justice*, publicada en 1971, aparece como una respuesta al utilitarismo, cuyos resultados no necesariamente resultan éticamente correctos, apelando al principio de mayorías, dejando fuera a las minorías y a otros grupos sociales, lo que es propio de las democracias liberales modernas y el pluralismo.

John Rawls, plantea en cuanto al liberalismo político: ¿Cómo es que existe durante un tiempo prolongado una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, los cuales permanecen profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales?, la experiencia histórica muestra que rara vez sucede la cooperación justa entre ciudadanos libres e iguales bajo tales condiciones. Así, por medio de este hipotético acuerdo se establecerán los principios de justicia que regirán la vida social, a través de un método que es justo por sí mismo.

Una concepción de justicia es más razonable que otra, si personas racionales escogen sus principios por encima de otros. Estos principios serán los siguientes: 1.- Principio de libertades. Distribución de igual número de libertades para todos. 2.- Principio de la diferencia. Las desigualdades económicas y sociales han de estar estructuradas de manera tal que aseguren: a) mayor beneficio de los menos aventajados, y b) que cargos y posiciones estén abiertos a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades.²⁰

Según Rawls “ambos principios, conjuntamente con la prioridad atribuida al primero sobre el segundo, regulan las instituciones básicas que aplican en la realidad estos valores. Estos principios son, los más adecuados para garantizar el arreglo de las instituciones a los valores de libertad y de igualdad de los ciudadanos que viven bajo democracias liberales. Sólo basando las instituciones fundamentales en estos principios, será posible la cooperación social. Las instituciones básicas de la sociedad a las que Rawls se refiere son social (la familia), económica (el mercado) y la más importante la política (la constitución).²¹

Adicionalmente, se destaca la teoría de Sen Amartya Kumar²², que pone el enfoque de la justicia distributiva en dos ejes: la heterogeneidad humana y la amplia gama de variables desde donde puede observarse, reconociendo que toda teoría normativa del orden social parece haber exigido la igualdad. La justicia distributiva consiste en proporcionar oportunidades, traducidas en capacidades, y éstas como medios para el ejercicio de la libertad.

19- Rawls, John, *La Teoría de la Justicia*, 2ª edición, GONZÁLEZ, María Dolores, Editorial, Fondo de Cultura Económica, México 1995., pp.16- 74.

20 Rawls, John, *La Teoría de la Justicia*, 2ª edición, GONZÁLEZ, María Dolores, Editorial, Fondo de Cultura Económica, México 1995., pp. 78- 109.

21 Rawls, John, *La Teoría de la Justicia*, 2ª edición, GONZÁLEZ, María Dolores, Editorial, Fondo de Cultura Económica, México 1995., pp. 132- 194.

22 AMARTYA KUMAR, Sen; *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza Editorial S.A., Madrid, España, 1995, pp. 12 y ss.

Finalmente, podríamos entender en la justicia distributiva la representación de un fin en sí mismo, que debe restablecer el orden impuesto por la ley, aplicado por el Estado, que equilibra los derechos y obligaciones de las personas. Un intercambio de recompensas y castigos, basado en la igualdad y libertad como bienes superiores.

3.2 El sistema retributivo

La Justicia Retributiva, se basa en cambio, en la teoría que sostiene que el castigo proporcionado es una respuesta moralmente aceptable al delito, independientemente de que este castigo produzca o no beneficios tangibles.

El principio de proporcionalidad de la pena, se funda en que la severidad de ésta debe ser razonable y proporcional a la gravedad de la infracción; concepto presente en la mayoría de las culturas, como en la ley de Moisés, Deuteronomio 19:17-21 y en los castigos de la Ley del Talión, "ojo por ojo, diente por diente".

La doctrina²³ ha contrastado el utilitarismo con el retribucionismo en el Derecho Penal. Para los utilitaristas, la pena tiene una finalidad teleológica, justificada por su capacidad para alcanzar beneficios futuros, como la reducción de los índices de criminalidad. Para los retribucionistas en cambio, el castigo tiene un carácter retrospectivo, acorde con la conducta criminal del pasado que se castiga, y estrictamente destinado a sancionar en proporción con la gravedad de la conducta, lo que puede calcularse por el nivel de daño causado, la cantidad de ventaja injustamente adquirida o por el desequilibrio moral provocado.

Kant concibió la retribución como un principio jurídico: "El castigo judicial no puede nunca ser usado como mero medio para promover otro bien, ya sea en favor del criminal mismo o de la sociedad civil, sino que debe imponérsele bajo el sustento de que se ha cometido un crimen"²⁴.

Existen dos clases de justicia retributiva: la versión clásica, que afirma que el castigo debe ser proporcional a la cantidad del daño causado por la ofensa, y una versión más reciente, que afirma que la cantidad de castigo debe ser proporcional a la cantidad de ventaja injusta obtenida por el criminal.

El concepto de justicia que el Derecho Internacional ha promovido en procesos de transición, ha sido objeto de reproches, ya que "dos males (el crimen y el castigo) no pueden dar lugar a un bien". Por esta razón, como afirman Rodrigo Uprimny Yepes y otros, "para que la justicia retributiva se ponga en marcha, deben presentarse ciertas condiciones como la victoria de una de las partes del conflicto, y la legitimidad de la parte victoriosa para juzgar y castigar todos los crímenes que se cometieron durante el conflicto"²⁵.

²³ CAVADINO, Michael y DIGNAN, James; *The Penal System: An Introduction*, 2ª Edición, Editorial Sage, Londres, Inglaterra, 1997, p. 39.

²⁴ MARTIN, Jacqueline; *The English Legal System*, 4ª. Edición, Editorial Hodder Arnold, Londres, Inglaterra, 2005, p. 174.

²⁵ UPRIMNY YEPES, Rodrigo; SAFFÓN SANÍN, María Paula; BOTERO MARINO, Catalina y RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban: *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Editorial de Justicia, Bogotá, Colombia, 2006, p. 34.

Se podría señalar que la justicia retributiva tiene como objetivo probar delitos, establecer culpas y aplicar el castigo al infractor, con equivalencia al bien jurídico afectado por éste. De este modo, se encuentra el control del procedimiento a cargo de los poderes del Estado, quienes tutelan los derechos; y se otorga a la pena un sentido al devolver el infractor el mal causado, con un enfoque que mira al pasado, a los hechos cometidos y a la afección causada a la sociedad.

Como consecuencia de su aplicación, la teoría retributiva, mayormente aplicada al Derecho Penal, sólo ha contribuido a aumentar las estadísticas de delitos, al requerir, como remedio para mantener la enfermedad controlada, elevar los costos de la administración del sistema carcelario y el fomento de la escuela del delito y el rencor, sin obtener un impacto preventivo, dado que generalmente la aplicación de las penas se limita a los delitos menos dañinos y cometidos por actores más débiles.

Produciéndose, como lo expresa Antonio García Pablos de Molina a propósito del teorema de William Thomas “que la personalidad se forma a manera de un juego de espejo *looking glass effect*”²⁶. Uno se percibe a sí mismo, del modo que cree que es percibido por los demás.

3.3 El sistema restaurativo

Howard Zehr ha desarrollado en su libro *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*²⁷, los elementos básicos de la concepción judeo-cristiana de Justicia Restaurativa. Él plantea que la justicia bíblica proporciona un modelo restaurativo para transformar la justicia actual, dado por el pacto básico que Dios celebró con Israel, el cual se recoge en la palabra *shalom*, que significa “vivir en paz, sin enemigos, aunque no sin conflictos”. En esta misma tradición, el concepto de pacto, acuerdo o contrato (*covenant*), supone compromisos mutuos.

La Justicia Restaurativa representa el respeto experimentado y recíprocamente asegurado de la dignidad humana en cualquier circunstancia, y frente a cualquier riesgo al que nos exponga su defensa. Se basa en la convicción de que el conflicto tiene tres caras, y una de ellas es la sociedad, que debe responsabilizarse en el proceso de justicia, el cual no sólo pertenece a las partes o al Estado como ente regulador, sino que también pertenece a la comunidad toda, la que debe asumir responsabilidades en relación con los factores económicos, sociales y morales que contribuyen al conflicto. De esta manera, la Justicia Restaurativa no privatiza ni estatiza el conflicto, y tampoco lo entrega sólo a la comunidad. Sitúa a estos actores (poder ejecutivo, judicial, comunidad, partes, víctima y victimario) en un equilibrio de poderes y obligaciones respecto al conflicto (identificado por una discrepancia, transgresión, falta o delito), sus orígenes y consecuencias, formando una red colaborativa.

El postulado fundamental de la Justicia Restaurativa es que una transgresión a la norma jurídica, una falta o delito, perjudica a las personas y sus relaciones, quienes necesitan una sanación a través de un proceso de colaboración, el cual involucra a las partes primariamente interesadas y afectadas de forma directa por esta actuación, en la

²⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; *El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño, victimización terciaria*, Ob. Cit., p. 289.

²⁷ ZEHR, Howard; *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Editorial Herald Press, Scottdale, Estados Unidos, 1990, p.280.

determinación de la mejor manera de reparar el daño causado; y a las partes secundarias o indirectamente afectadas, como red de apoyo.

Los procesos de transición que se han llevado a cabo en los últimos años han implementado otra fórmula de justicia, denominada Justicia Restaurativa. Ésta, en lugar de imponer retribución o castigo, se centra en la tarea de establecer un diálogo entre las partes, con el objeto de reparar el daño causado.

Este sistema no se ha considerado apropiado por la sociedad civil en los casos en que ésta ha sido gravemente lesionada, ya que la Justicia Restaurativa no puede reemplazar a la justicia retributiva y debe, más bien, complementarla en esta situación. Ello, con un doble objetivo; por un lado, para evitar venganzas futuras de víctimas que consideren que el castigo era necesario para reparar el daño causado, y por otro, para fortalecer la valoración de los derechos humanos, protegiendo los derechos de las víctimas.

3.4 Comparación entre el sistema de justicia retributivo, distributivo y el sistema restaurativo

En esta reflexión no se ocupará una diferenciación conceptual entre los sistemas retributivos y distributivos, debido a que se parte del presupuesto de que el sistema penal actual tiene sus bases en ambos fundamentos doctrinarios. Para estos efectos, se trabajará con una comparación entre el sistema tradicional (el cual incorporará el modelo retributivo y distributivo como un todo, con los reparos que pueda merecer esta agrupación en términos conceptuales por los múltiples matices que existen entre ellos), y el nuevo sistema de Justicia Restaurativa, con el objeto de hacer una distinción entre ambos.

Algunos autores, como Ulf Christian Eiras, sostienen que para hacer una comparación entre el modelo tradicional de justicia distributiva y la justicia restaurativa, hay que partir del concepto de delito. “El sistema tradicional es entendido como una infracción a la norma, que es expresión del poder soberano. En cambio desde la mirada de la justicia restaurativa, el delito es un conflicto social, una incompatibilidad de conductas, percepciones, objetivos y afectos entre individuos o grupos sociales”²⁸.

Por otra parte, en el sistema tradicional la responsabilidad por las conductas es individual, a diferencia del modelo restaurativo, el cual, sin dejar fuera esta responsabilidad, considera también las circunstancias, la historia, las interpretaciones, el entorno y los grupos de poder que influyen, tanto en las partes, como en los hechos.

Los protagonistas son distintos en estos dos sistemas. Mientras el tradicional centra su atención en el Estado y el infractor, en el restaurativo es trascendental la participación de la víctima, el ofensor y otros actores que pueden ser parte del conflicto, teniendo el Estado sólo el rol de proveer los medios necesarios para que las partes resuelvan su conflicto en forma segura, garantizando los derechos de cada uno y resguardando el interés colectivo.

El sistema retributivo tradicional plantea un proceso interaccional antagónico en el que predominan las vías agresivas para el logro de los objetivos, donde las partes están en

²⁸ EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian; *Mediación Penal, de la Práctica a la Teoría*, 1era. Edición, Editorial Histórica, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 36 y ss.

contraposición. Ello se explica en virtud de la formación adversarial de los intervinientes, ya que los jueces, abogados y todos los operadores jurídicos sitúan como contrincantes a la víctima y al ofensor, sin perjuicio de su preocupación por la protección de la víctima, la recuperación del delincuente y la reinserción social.

Esto es distinto en el sistema restaurativo, el cual busca un clima propicio para el diálogo y el acercamiento de posturas mediante la intervención de un tercero imparcial, para el logro de un acuerdo que satisfaga las necesidades de las partes, en donde el ejercicio del poder es compartido por ellas, a través de un proceso dinámico e integrador. De este modo, el proceso favorece el reconocimiento del daño causado por el delito, intentando obtener el arrepentimiento del ofensor, el perdón voluntario de la víctima, la reconciliación entre las partes, pero esencialmente entre la víctima y el ofensor con la sociedad, reconstituyéndose sus lazos con la comunidad.

Si en el proceso litigioso las partes deben defenderse como contrincantes y expresar lo más negativo de la otra parte, no es posible que se enfrente el ofensor a lo dañino de su acción, debido a que éste debe procurar una versión útil para su defensa, lo que deja la impresión amarga en los participantes de que no se hizo justicia.

Por otra parte, en materia de violencia intrafamiliar, las víctimas en ocasiones se ven impedidas de reconocer en sus declaraciones el dolor y el daño que le causó la acción del ofensor, dada su preocupación por las consecuencias que podría traer una sentencia severa que aplique penas privativas de libertad al infractor, que provocaría graves daños a la familia, por tratarse de quien la sustenta económicamente. Termina generalmente este tipo de juicios con la impresión de denegación de justicia al desconocer el daño causado a la víctima, lo que afecta su dignidad y posterior credibilidad frente al sistema, ante la reincidencia en este tipo de hechos.

Las experiencias sobre esta materia en otros países muestran que en estos casos, si en lugar de un proceso penal se aplica un proceso restaurativo, con los resguardos previos necesarios, como la adopción de medidas cautelares, el infractor comprenderá que más allá de haber violado la ley, ha realizado una acción negativa desde el punto de vista humano frente a un otro al cual logra ver como un legítimo otro²⁹, porque quien ha sido ofendido no es un abstracto como la ley o la norma, sino una persona. La dimensión de la relación humana, primero ausente en la percepción del culpable, se pone en total evidencia a través de un proceso restaurativo.

En el otro extremo de la relación, si el ofendido tiene delante de sí sólo al infractor y no recibe del autor un real reconocimiento y perdón, producto de un profundo proceso de comprensión del daño, se fomenta el rencor, el odio y el temor, sin poder reestructurar su necesidad de reconocerse como víctima con derecho a ser reparada.

La sanción, a su vez, tendrá un sentido no sólo de castigo o represalia; tendrá relación directa con la lesión a un bien jurídico que el conjunto social ha estimado relevante y quiere proteger. Esa sanción es “aplicar reversa” a una acción que la sociedad no quería, pero reparando a la víctima, y sin llegar al extremo de victimizar ahora al agresor. Lo anterior exige

²⁹ MATURANA, Humberto; Ponencia en Foro Iberoamericano de Justicia Restaurativa y Colaborativa, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 2006.

una sociedad equilibrada y madura, que asuma un rol equiparable al de un mediador, que no prejuzga, ni toma partido por uno u otro, sino que se abre a comprender dos realidades individuales complejas, en cuya conformación ha jugado también un papel.

El sistema restaurativo, al potenciar y promover la satisfacción de los intereses y necesidades de la víctima, posibilita la coincidencia de éstos con el proceso penal, facilitando su comprensión y participación en él. Ello puede ser útil al sistema tradicional, ya que como se sabe, las necesidades e intereses de la víctima no siempre se encuentran representados por el Ministerio Público, y el sistema, en ocasiones, impide a la víctima obtener la compensación que merece, siendo generalmente derivada a la justicia civil para una reparación económica, la que es más lenta y costosa.

El control del procedimiento en el sistema retributivo se encuentra a cargo mayormente de órganos públicos, representados por el Poder Judicial y en materia penal además por la Fiscalía. En cambio, el control en el sistema restaurativo lo tienen las partes y la comunidad, que tienen la capacidad de proponer soluciones y cooperar en este proceso. Este tipo de intervención provoca a veces la resistencia de los operadores de justicia, por el traspaso de poder que implica, ya que en el sistema distributivo el Estado tutela los derechos, considerando a las partes incapaces, y dando a la pena un sentido de tratamiento de rehabilitación; a diferencia del sistema restaurativo, el cual fortalece el protagonismo de las partes y comunidad en la búsqueda de soluciones, dándoles el control sobre el proceso.

Por otra parte, los sistemas se diferencian en relación con la finalidad. El procedimiento distributivo tiene como objetivo probar delitos, establecer culpas y aplicar el castigo, dejando de manifiesto una orientación hacia el pasado, en función de la investigación de los hechos acontecidos. En cambio, para el sistema restaurativo los objetivos son la resolución del conflicto, el asumir responsabilidades y la reparación del daño causado. Es por eso por lo que sin dejar de integrar el pasado y considerar los daños causados en él, el procedimiento se sitúa en una perspectiva de futuro que promueve el hacerse cargo de lo ocurrido a través del reconocimiento y la reparación, generando aprendizajes en el ofensor, la víctima y la comunidad.

El sistema tradicional no permite que las personas pasen de ser sujetos pasivos de un tratamiento institucional y burocrático, a ser sujetos activos en la definición de los conflictos de que forman parte y en la construcción de los instrumentos para resolverlos según sus propias necesidades reales.

IV.- LA JUSTICIA RESTAURATIVA

4.1 Concepto de Justicia Restaurativa

Uno de los conceptos más aceptados de Justicia Restaurativa es el de Tony Marshall, quien la define como “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un interés en un delito en particular, resuelven de forma colectiva la forma de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”³⁰. Este concepto incorpora nuevos actores en el conflicto penal, tales como la familia, la comunidad y la

³⁰ MARSHALL, Tony, *Restorative Justice*, Editorial Overview, Nueva York, Estados Unidos, 1999, pp. 17 y ss.

sociedad, y permite a las partes participar activamente en la resolución del conflicto, mediante el diálogo. Esta definición se ha criticado porque se centra mucho en el proceso y poco en los resultados o reparación del daño. Es así como Gordon Bazemore y Lode Walgrave, en cambio, la definen como “toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito”³¹.

Se discute si el proceso voluntario de la Justicia Restaurativa puede coexistir con la fuerza coercitiva del proceso judicial, en el ámbito de la reparación. Al respecto, la mayoría de los autores cree que es necesario que esta forma de justicia esté inserta en el ámbito judicial, para efectos de hacer obligatorio su cumplimiento, ya que de otra manera quedaría relegada a un sistema marginal al sistema penal.

Un tercer concepto, muy difundido y aceptado internacionalmente, es el de Daniel W. Van Ness y Karen Heetderks Strong, quienes la definen en base a los procesos y resultados restaurativos, distinguiendo entre cuatro valores: El primero es el encuentro entre las partes y su comunidad de cuidado, que promueve una narrativa común de las partes, permitiéndoles mostrar sus emociones, para facilitar el entendimiento mutuo. El segundo es la reparación del daño causado a la víctima y después a la sociedad. El tercero es la reintegración, la cual se refiere tanto a la víctima como al autor del delito, persiguiendo que se inserten nuevamente como personas íntegras en la comunidad. Y por último está la participación, dada por la oportunidad que se otorga a las partes de involucrarse activamente en todas las etapas del proceso³².

Finalmente, en su ponencia sobre la materia en el Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia, celebrado en Santiago de Chile, el año 2005, Mylene Jaccoud define a la Justicia Restaurativa como “cualquier acción individual o colectiva que tiene como objetivo la restauración de las consecuencias de un crimen o de un conflicto, la resolución del mismo o la reconciliación de las personas afectadas por él”³³.

4.2 La Historia de la Justicia Restaurativa

El modelo de Justicia Restaurativa no es una práctica nueva. Ya en las sociedades pre Estado la trasgresión de una norma social generaba reacciones tendientes al reestablecimiento del equilibrio y la búsqueda de una solución que reintegrara rápidamente al agresor.

La Justicia Restaurativa surgió en la década del '70 como una forma de mediación entre víctimas y delincuentes, y en los años '90 amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, con la participación de familiares y amigos de las partes en procedimientos de colaboración denominados “reuniones de restauración” y “círculos de sanación”.

Cuatro son los movimientos precursores que configuraron las bases para el concepto de Justicia Restaurativa:

³¹ BAZEMORE, Gordon y WALGRAVE, Lode; *Restorative Juvenile Justice*, Editorial Willow Tree, Missouri, Estados Unidos, 1999, p. 48.

³² VAN NESS, Daniel W. y STRONG, Karen Heetderks; *Restoring Justice*, 2ª. Edición, Editorial Rústica, Buenos Aires, Argentina, 2001, pp.14 y ss.

³³ JACCOUD, Mylene; Ponencia sobre Justicia Restaurativa, en *Conclusiones Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, pp. 106 y ss.

- 1.- El movimiento crítico de las instituciones represivas ocurrido entre los años '60 y '70;
 - 2.- El de las víctimas;
 - 3.- El de la "comunitarización"³⁴ y
 - 4.- El de descolonización en los países formados durante un proceso de colonización.
- Doctrina que deriva del aporte del psicólogo Albert Eglash, quien en 1958, definió la "restitución creativa" como "la técnica de rehabilitación en la cual se ayuda a un delincuente, bajo supervisión adecuada, a encontrar la manera de efectuar una compensación a las personas que él ha lastimado por su ofensa"³⁵.

Los comienzos de la Justicia Restaurativa surgen de la práctica de las comunidades originarias, sobre todo de las indígenas, que aplicaban esta forma de justicia como una manera indispensable de reintegrar al ofensor a la comunidad, y reparar los daños causados a ésta y a la víctima o afectados.

Los primeros pasos de un proceso formal se conocen en Nueva Zelanda, país que en 1989 incorpora una nueva ley para administrar la responsabilidad penal en que incurrir niños y jóvenes. Debido al éxito obtenido, en 1991 el comité consultivo de los tribunales recomendó extender la aplicación de las Conferencias del Grupo Familiar³⁶ al sistema de justicia penal con adultos jóvenes, entre 17 y 20 años. Actualmente, también se aplica a la justicia penal adulta.

Un país líder en la incorporación de la Justicia Restaurativa a la legislación penal es Canadá, en donde se han generado múltiples programas exitosos sobre esta materia, inspirados en el denominado "experimento Kitchener", desarrollado en Ontario en 1974 por miembros de la Iglesia Menonita, con funcionarios de libertad vigilada y jueces. Esta experiencia logró que dos jóvenes que habían infringido la ley, en vez de cumplir una pena de cárcel, repararan los daños causados por su vandalismo callejero a 24 familias, mediante fórmulas individuales acordadas con ellas.

En 1993, Lode Walgrave propone integrar en una clasificación de justicia, a la Justicia Restaurativa. Según él, la justicia se puede clasificar en tres tipos: retributiva, rehabilitadora y restaurativa. El punto de referencia en cada uno es muy distinto. En el primero es el crimen; en el segundo, el delincuente; y en el tercero, el daño. Los medios utilizados en cada modelo también difieren; mientras que el retributivo utiliza la imposición de sufrimiento; el rehabilitador, el tratamiento; y el restaurativo, la restauración, con objetos distintos.

4.3 Objetivos de la Justicia Restaurativa

¿Cómo se puede aceptar la pretensión de un sistema jurídico, de responder con los mismos instrumentos y los mismos procedimientos, a conflictos de tan vasta heterogeneidad? Frente a esta interrogante, la Justicia Restaurativa se propone como una alternativa de respuesta al conflicto jurídico, la que no pretende ser sólo un arreglo rápido al crimen o a otro

³⁴ JACCOUD, Mylene; Ponencia sobre Justicia Restaurativa, en *Conclusiones Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, p. 109.

³⁵ JACCOUD, Mylene; Ponencia sobre Justicia Restaurativa, en *Conclusiones Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, p. 112.

³⁶ Se denominan conferencias comunitarias al encuentro del victimario con una víctima sustituta, no la real, y en la reparación no participa la familia del acusado sino la comunidad.

tipo de conflictos jurídicos de naturaleza civil, laboral, comercial o familiar, sino que tiene como objetivos promover una convivencia social pacífica y permitir un encuentro entre las partes, donde éstas se hagan responsables por sus acciones, reconozcan los daños causados y se reparen tanto social, como individualmente.

En la mayoría de los países que cuentan con una cultura jurídica desarrollada, se entiende a la Justicia Restaurativa como una alternativa al proceso judicial y especialmente al penal, fijando su objeto en la protección, reparación y reconocimiento de las partes de sus necesidades y afecciones, la curación, rehabilitación y responsabilización del ofensor, con una oportunidad de solución y reparación del conflicto, promovida por la comunidad, que enseña formas pacíficas de resolver futuros conflictos.

Kjersti Ericsson, sitúa la necesidad de reparación del sistema restaurativo a nivel nacional y no sólo individual o con el objeto de reparar daños recientes sino también para corregir errores del pasado, como aquellos daños ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial, que se extienden por un extenso período de tiempo, en que hijos de soldados alemanes y mujeres nativas de los países ocupados de Europa, hoy con sesenta años, fueron tratados como una vergüenza nacional. En Noruega, en 2005, el Parlamento propone buscar la conciliación con un grupo de personas que anteriormente habían sido tratados como enemigos, aprobando una resolución en que el Estado otorga una compensación financiera, con enfoque sólo administrativo, frente a la que las víctimas reaccionaron negativamente, por la escasa compensación y su valor simbólico, que consideraban insultante.³⁷

La Justicia Restaurativa, puede ser analizada desde: las fronteras que la enmarcan, sus objetivos y la afección social que lleva implícita en su intervención, la que responde a una interrupción de la convivencia social, o conflicto, uniendo el carácter transgresivo del acto con sus consecuencias.

4.4 Estructura de la Justicia Restaurativa

Siguiendo a Paul McCold y Ted Wachtel, la teoría de la Justicia Restaurativa cuenta con tres estructuras conceptuales distintas, pero relacionadas³⁸: la Ventana de la Disciplina Social, la Función de las Partes Interesadas y la Tipología de las Prácticas Restaurativas.

a) Ventana de la Disciplina Social: Históricamente, la sociedad ha enfrentado la obligación de decidir cómo mantener la disciplina social, tanto en el ámbito escolar, laboral, como penal. Hasta hace poco tiempo, la única manera eficaz de disciplinar a quienes proceden indebidamente era mediante el castigo.

Esta teoría se genera mediante la combinación de dos elementos en el tratamiento del infractor: el control, entendido como la imposición de limitaciones o ejercicio de influencia sobre otros, y el apoyo, caracterizado por la enseñanza y la estimulación. Ambos elementos se pueden ejercer en dos niveles, uno alto y otro bajo.

³⁷ ERICSSON, KJERSTI, *Para corregir los errores del pasado - el caso de la "guerra contra los niños" de la Segunda Guerra Mundial*, Documentos presentados en la Cuarta Conferencia del Foro Europeo de Justicia Restaurativa, Barcelona, España, 2006.

³⁸ MCCOLD, Paul y WACHTEL, Ted; *En busca de un paradigma: una teoría sobre Justicia Restaurativa*. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro, Brasil.

El control social alto se caracteriza por la imposición de límites bien definidos y el cumplimiento de principios conductuales, y el bajo en cambio, se caracteriza por principios y normas de conducta débiles o inexistentes. A su vez, un apoyo social alto se caracteriza por una activa asistencia e interés por el bienestar de las personas. Un apoyo bajo, por la falta de estímulo y la mínima consideración por las necesidades de las personas.

Mediante la combinación de los elementos señalados en sus diversos niveles, la Ventana de la Disciplina Social define cuatro enfoques para la conducta del infractor:

a) El enfoque punitivo, con control alto y apoyo bajo, se denomina también “retributivo.” Éste tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa.

b) El enfoque rehabilitativo o permisivo, con control bajo y apoyo alto, tiende a proteger a las personas para que no sufran las consecuencias de sus actuaciones, faltas o delitos.

c) El enfoque negligente ejerce un control bajo y un apoyo bajo, y se caracteriza por la indiferencia y la pasividad.

d) El enfoque restaurativo, con control alto y apoyo alto, desaprueba las conductas antisociales, además de ratificar el valor intrínseco de las partes del conflicto y los infractores.

La esencia de la Justicia Restaurativa es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas afectadas por un conflicto desarrollen un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. De este modo, es reintegrativo y permite que el delincuente rectifique su conducta, eliminando el etiquetaje.

b) La Función de las Partes Interesadas: En su participación en el conflicto, se distinguen los intereses de las partes primarias, que son aquellas personas más afectadas por una ofensa o actitud antisocial, como las partes y aquellos que tienen una conexión afectiva importante con éstos, como los padres, cónyuges, hermanos, amigos, maestros o compañeros de trabajo, quienes también se ven directamente involucrados. Ellos constituyen las comunidades de apoyo, lo cual exige una participación activa para lograr el mayor nivel de sanación frente a un grave conflicto. Las partes interesadas secundarias son las indirectamente afectadas por el daño, incluyen a aquellas personas que viven cerca o que pertenecen a organizaciones educativas, sociales o comerciales del lugar, y la sociedad toda. Su daño es indirecto e impersonal, sus necesidades son colectivas e inespecíficas, y su mayor respuesta restaurativa es apoyar los procedimientos.

Las partes del conflicto afectadas por éste o las víctimas se ven perjudicadas por la pérdida de control que sufren como consecuencia del quiebre o delito, por lo que necesitan recuperarlo transformándose en participantes del proceso restaurativo. A su vez, los ofensores dañan sus relaciones con sus propias comunidades de apoyo, traicionando su confianza. Para recobrarla, necesitan también obtener control personal para asumir su responsabilidad por la ofensa o delito cometido. Finalmente, las comunidades de apoyo de las partes satisfacen sus necesidades asegurando que se reconozca el carácter erróneo de una conducta que rompe el equilibrio en la convivencia social, que se tomen medidas constructivas para evitar su reincidencia y que los involucrados se reintegren a la comunidad.

Las partes interesadas secundarias no deben despojar del conflicto a aquellos a

quienes les pertenece, interfiriendo en la oportunidad de sanación y reconciliación. Su respuesta restaurativa debe ser apoyar y facilitar los procedimientos y resultados acordados por las partes primarias. Dichos procedimientos reinsertarán a las partes en la comunidad, mediante el empoderamiento de las personas y el fortalecimiento del capital social que otorga la participación de los ciudadanos en la solución de sus propios conflictos.

c) Tipología de las Prácticas Restaurativas: La justicia restaurativa es un proceso que involucra a las partes interesadas primarias (las partes y sus comunidades de apoyo) en la decisión sobre la mejor manera de reparar el daño ocasionado por una conducta que afecta la convivencia social, para lograr su restauración, asumir la responsabilidad y llegar a un acuerdo. El grado en que las tres partes participan en intercambios emocionales significativos y la toma de decisiones, es el grado según el cual esta práctica es calificada como más o menos “restaurativa.”

Cuando las prácticas de la justicia incluyen sólo a un grupo de partes interesadas primarias, como en el caso del resarcimiento económico para las víctimas por parte del gobierno, el proceso sólo se puede llamar parcialmente restaurativo. Cuando un procedimiento como el de mediación entre las partes, incluye sólo a dos partes interesadas, excluyendo a las comunidades de apoyo, el proceso es mayormente restaurativo. Finalmente, el proceso es completamente restaurativo sólo cuando los tres grupos de partes interesadas primarias participan activamente, como por ejemplo, en reuniones de restauración o círculos de paz.

4.5 Principios que guían las Prácticas de la Justicia Restaurativa

Las prácticas del sistema restaurativo deben ser construidas por medio de políticas públicas coordinadas, con la participación del poder público, de la sociedad civil y de los organismos internacionales ligados a los derechos humanos. A esta conclusión llegaron especialistas en la materia, provenientes de Brasil, Chile, Argentina, Canadá y Nueva Zelanda en la Conferencia Internacional de Brasilia sobre Justicia Restaurativa en Junio del año 2005, en la cual suscribieron una declaración de principios y valores de solución alternativa de conflictos y justicia restaurativa, llamada “Carta de Brasilia”³⁹. Entre ellos, se destaca:

1. Debe darse a conocer a los operadores del sistema de justicia y opinión pública, las experiencias y procedimientos restaurativos, propendiendo a la integración de la red social en todos los niveles e interactuando con el sistema, sin perjuicio del desarrollo de prácticas en sede comunitaria.
2. Respetar la voluntariedad de los participantes de estos procesos en todas sus fases, promoviendo el respeto mutuo, fortaleciendo su co-responsabilidad activa y atendiendo sus necesidades y posibilidades.
3. Desarrollar el carácter interdisciplinario de la intervención, con facilitadores imparciales, debidamente capacitados, y con apoyo de asesoría jurídica para las partes.
4. Atender las particularidades socioeconómicas y culturales de los participantes y la

³⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA, *Conclusiones Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, Editado por el Ministerio de Justicia de Chile, responsable GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel; Santiago, Chile, 2006, pp.107 y ss.

comunidad, promoviendo el respeto a la diversidad, relaciones igualitarias y no jerárquicas, y sus derechos humanos.

5. Respetar el derecho a la confidencialidad de la información en el proceso restaurativo, la que no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos posteriores contra el imputado.

6. Promover la transformación de patrones culturales, y la inserción social de las personas.

En cuanto al Procedimiento de Aplicación: Los métodos de Justicia Restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del proceso, incluso cuando el procesado está cumpliendo la pena privativa de libertad.

Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionales al daño, de acuerdo a los intereses de los usuarios, las que deben monitorearse y evaluarse continuamente. El incumplimiento de un acuerdo no debe utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.

4.6 La Justicia Restaurativa en el Sistema judicial

Una propuesta restaurativa puede hoy plantearse como una opción a la solución del conflicto y también como una alternativa más digna a la pena privativa o restrictiva de libertad, dependiendo del tipo de conflicto al que se aplica, del momento en que intervenga el proceso restaurativo y del fin que se persiga con él.

Se dice que el sistema judicial no es apto para proporcionar las defensas más eficaces de los derechos de las personas⁴⁰, por el hecho de que su intervención está estructuralmente limitada a la formulación de respuestas sintomáticas a los conflictos, cuando éstos se manifiestan dentro del sistema social.

El principio de prevención general del sistema penal ofrece una estrategia alternativa de control social, desplazando, cada vez más, el énfasis puesto en las formas de control represivo hacia formas de control preventivo. En este ámbito, la Justicia Restaurativa puede ofrecer una respuesta al sistema preventivo penal, particularmente cuando es aplicada en el ámbito escolar y comunitario, provocando un efecto preventivo especial referido al ofensor y su entorno cercano, y preventivo general dirigido a la comunidad, motivándola con un mensaje positivo que promueva la resolución pacífica de los conflictos penales.

Este nuevo sistema⁴¹ da acogida a objetivos mediatos de prevención especial, rehabilitando al ofensor mediante la reparación del daño. En el sistema penal, la reparación no es aceptable como uno de sus fines, ya que no puede considerársele como una pena, por carecer de un potencial de amenaza, y por lo tanto, ser inútil como prevención general negativa. Sin embargo, Roxin⁴², compartiendo que no es la reparación una pena, le atribuye un

⁴⁰ BARATTA, Alessandro; *Notas para una teoría de la liberación*, en revista Poder y Control, Editorial PPU. N° 1, Barcelona, España, 1987, pp. 107-119.

⁴¹ MUÑOZ RAMÍREZ, Eduardo; *La Reincidencia en el Derecho Penal*, Ob. Cit., p. 6.

⁴² ROXIN, Claus; *La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, N° 8, Madrid, España, 1991, pp. 19 y ss.

fin de prevención general positiva, como una tercera vía entre la falta de reacción oficial y la reacción punitiva, lográndose el efecto preventivo cuando se obtiene la resolución pacífica de la situación perturbada.

En la reparación propuesta por el sistema restaurativo “encontramos también, uno de los fines tradicionales del Derecho, el fin reeducativo y rehabilitativo. Primero, porque la posibilidad de reparación constituye un estímulo para la denuncia de las transgresiones al Derecho, y segundo, porque al no ser fijada por el juez la reparación, da cabida a la dimensión humana de las personas, lo que propicia un efecto educativo al autor que se responsabiliza, previa depuración de las inferencias auto-exculpatorias, que le permiten recordar el hecho delictivo en contraposición a la pena, la cual simboliza un medio de saldar una abstracta deuda con el Estado”⁴³.

La reparación, junto con ser proporcional al daño, puede ser material, moral y simbólica, y debe ser suficiente de acuerdo a las necesidades de las partes y especialmente la víctima, quienes deben participar en su determinación. En este sentido, Baratta, al referirse al principio de proporcionalidad concreta o adecuación del costo social, expresa; que es un hecho que la intervención penal del aparato estatal en los conflictos interpersonales habitualmente, en lugar de ayudar a su solución, los agrava⁴⁴.

Sería vano discutir si el sistema restaurativo tiene como fin la prevención del conflicto o la reparación, ya que ambas le son afines. Al respecto, Burt Galaway afirma que numerosos estudios muestran que la víctima prefiere la reparación del infractor antes que la del Estado, especialmente porque la primera consigue la reorganización constructiva entre ofensor y víctima, obteniéndose objetivos meta penales, con mayores beneficios que los proporcionados por el control punitivo estatal⁴⁵.

Así, mientras los objetivos del sistema judicial son la indagación y el contraste del hecho con el derecho, el sistema restaurativo busca una posición común para la obtención de un acercamiento entre las partes.

Por otra parte, frente a un Derecho que no puede aceptar objetivos moralizantes, no sólo por su contenido doctrinario (como vimos en la norma jurídica), sino también por ser difíciles de controlar al escapar a filtros objetivos⁴⁶, están los sistemas restaurativos, inspirados en sus inicios por principios religiosos de voluntarios menonitas, los que hoy, lejos de una orientación religiosa, tratan de alcanzar la pacificación mediante la tolerancia por un lado, y la comprensión frente a las consecuencias sociales de la contravención a la ley, por otro.

4.7 El Ámbito de Aplicación del sistema restaurativo

En primer lugar, puede establecerse como ámbitos de aplicación del sistema restaurativo, contextos sociales que no tengan referencia alguna con el sistema de

⁴³ MUÑOZ RAMÍREZ, Eduardo; *La Reincidencia en el Derecho Penal*, Ob. Cit., pp. 7-8.

⁴⁴ BARATTA, Alessandro; *Notas para una teoría de la liberación*, Ob. Cit., p. 119.

⁴⁵ GALAWAY, Burt; *Victim participation in the penal corrective process*, en *Revista Victimology, An International Journal*, Vol. 10, Estados Unidos, 1985, pp. 626 y ss.

⁴⁶ TRENZEC, Thomas; *¿Hacia una reprivatización del control social? Una evaluación de víctima- delincuente- conciliación*, *Papers d' Estudis i Formació*, Centre de Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Nº 8, España, 1992, p. 29.

administración de justicia, como una fórmula de intervención ante conflictos desarrollados por ejemplo en colegios, lugares de trabajo o la comunidad. En segundo lugar, dichas prácticas pueden ser llevadas a cabo de manera paralela a un proceso judicial o al cumplimiento de la pena, sin que este modelo tenga un efecto potencial sobre las decisiones judiciales o administrativas del caso. En tercer lugar, la Justicia Restaurativa se puede desarrollar en procesos vinculados estrechamente a la tramitación de causas, por parte del sistema de administración de justicia.

Lo importante es que la Justicia Restaurativa puede reforzar a la justicia, sin afectar algunas especiales funciones retributivas de las que el sistema no puede prescindir, pues ella cumple una doble función: una de complementariedad, agregada al sistema retributivo y otra sustitutiva, en la medida que sirve para reemplazar la aplicación del sistema retributivo en aquellos casos en que se estime adecuado hacerlo.

4.8 Beneficios de la Justicia Restaurativa

Como beneficios del sistema restaurativo, especialmente en materia penal, encontramos el equilibrio de la compensación restaurativa y retributiva que merece el delito. Este modelo ofrece mayores oportunidades para iniciar un proceso educativo y socializante, porque frente a la víctima, el infractor asume más responsabilidad y se enfrenta a lo dañino de su acción. La víctima, por su parte, es acogida en su dimensión individual y personal afectación.

La participación de la víctima en el proceso⁴⁷ permite su incorporación en la evaluación de los hechos, siendo informada de sus derechos y razones por las cuales ocurrieron los hechos. A su vez, ella explica su angustia, sus necesidades y la forma de reparación que requiere, devolviéndosele su dignidad perdida, explicitándose que no es merecedora de la lesión, y que tiene el derecho a ser respetada en su integridad. Lo anterior evita la expropiación que hace el Estado del conflicto en el sistema penal, en que deja a la víctima sólo en un rol de testigo y no de principal actora, situación que la afecta seriamente.

Este nuevo sistema contempla la reparación económica, social y moral de la víctima por parte del ofensor y la sociedad, la cual debe ser proporcional al daño causado con el delito, de modo que la reintegre al estado en que se encontraba antes de éste, restaurando el quiebre causado en su vida con el hecho ilícito y entregándole la sensación de haber sido reparada de una forma que estime satisfactoria a sus necesidades.

Según Antonio García-Pablos de Molina, en el sistema restaurativo se aplica el principio de la intervención mínima del Estado, menores castigos y subsidiaridad. Por ello, lo que puede resolverse fuera del sistema penal no debe entrar en éste⁴⁸.

Otro aporte del proceso restaurativo es el contar con la riqueza de un equipo interdisciplinario, que posibilite a la víctima y al ofensor reconocerse como tales, siendo duros con el daño y considerados con las personas, ayudando al imputado a encontrar una forma significativa de reparar a la víctima y a la sociedad, mediante trabajo comunitario, pago de una indemnización o reparaciones simbólicas, que le permitan sentirse reparada y no dañada, y así

⁴⁷ BUSTOS, Juan y LARRAURI, Elena; *Victimología: Presente y futuro. Hacia un Sistema Penal de Alternativas*, Editorial PPU, Barcelona, España, 1993, pp.91 y ss.

⁴⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; *El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño, victimización terciaria*, Ob. Cit., pp. 287-312.

reintegrarse a su vida anterior.

Adicionalmente, la eficacia y creatividad de las resoluciones conciliadas favorecen el terminar con el mito de la víctima mercantilista, observándose que ésta valora también como compensación, las reparaciones mínimas, parciales, morales o simbólicas. Para ello, el sistema restaurativo cuenta con dispositivos propios para defender al ofensor contra una víctima con afanes de lucro, manteniéndose salidas por la vía civil y comunitaria, promovándose una sensación de mayor seguridad en la comunidad.

En otros ámbitos del Derecho, otro valor agregado del proceso restaurativo es la inmediatez resolutoria del modelo, que no se vincula a una solución rápida y maquinal, sino que permite que el conflicto se aborde en su fase crítica, cuando es más viable reconducir las emociones y orientarse a una meta constructiva.

Por otra parte, los costos son menores que un proceso litigioso, ya que evita gastos materiales, morales y psicológicos, al suscitar menos rencor y hostilidad en las partes, porque se mantiene el control emocional al equilibrar el poder en los involucrados. De este modo, se promueve que el afectado se sienta menos víctima, y no se estigmatice al infractor, permitiendo la desjudicialización de los procesos y destinar estos recursos focalizadamente.

4.9 Críticas al proceso restaurativo

A este sistema de justicia se le plantean objeciones, especialmente en materia penal, desde la corriente garantista, las cuales pueden clasificarse en:

a) Objeciones Teóricas: Con esta nueva forma de solución de conflictos difícilmente pueden cumplirse los fines preventivos propios del Derecho, en el sentido de que no prevalece el reconocimiento de la norma por el actor. Sólo se produce una instrumentalización de sus fines, transformando el Derecho en un elemento de psicología social, excediendo las funciones que las teorías retributivas y distributivas le han asignado.

Se afirma que en este nuevo sistema, la flexibilidad de los acuerdos restaurativos atendería contra el principio de la igualdad formal, por el que frente a la misma infracción de una norma jurídica corresponde la misma sanción. Tampoco se cumplen los principios de proporcionalidad y culpabilidad, dando respuestas diversas, según la actitud y el subjetivo nivel de afectación de las partes, en especial la víctima, omitiéndose el principio de pena *certa* y sus consecuencias de previsibilidad y certeza jurídica, al no existir determinación previa y objetiva de la sanción a imponer.

En cuanto a las garantías procesales, existe crítica sobre la inobservancia del debido proceso, la presunción de inocencia y la asistencia de un letrado. A su vez, se cuestiona la voluntariedad de la participación y la necesidad de una previa declaración de responsabilidad o culpabilidad de una de las partes, al verse forzada a participar por temor a ser parte de un proceso. La confesión obtenida sin adecuadas formas, en donde la imputación no está suficientemente probada, impide al Estado conferirle la importancia suficiente, permitiéndole renunciar al esclarecimiento de los hechos. Desde la parte afectada, también se cuestiona la pureza del compromiso, ya que puede verse obligada a esta opción por la precariedad económica. Con ello, podría generalizarse un sistema de control informal, con falta de concreción y desigualdad de respuestas jurídicas al servicio de personas de mayores recursos,

aplicando en consecuencia un sistema más riguroso y punitivo a los más pobres. Emerge así la falta de equilibrio de poderes propios de la vida social, en términos de género, etnia, edad y recursos, promoviendo una justicia abiertamente discriminatoria.

Sin perjuicio de la aceptación social por la mayor eficacia y agilidad de los sistemas restaurativos, que surgen en sus prácticas de la justicia juvenil donde la protección a los jóvenes infractores la hacen aceptable, al pasar a la justicia penal de adultos se comienza a crear polémica, debido a que además de las críticas ya expresadas, se suma la exacerbada preocupación por la negociación, en lugar de poner énfasis en la prevención de las causas penales.

La decadencia de las garantías y principios penales puede llevar a un sistema en que impere el capricho de la víctima, privatizando el Derecho Penal, dejando de lado su función pública y simbólica, dado que la privacidad de los procesos restaurativos atentaría contra el principio de publicidad y transparencia del sistema penal.

Se oponen además a los sistemas restaurativos, los argumentos usados en virtud del principio de oportunidad⁴⁹, siendo necesario insertar estos procesos en el procedimiento judicial, tanto al inicio, con el objeto de esclarecer los hechos, y con posterioridad, para aprobar el acuerdo.

Por otra parte, se aduce que la inmadurez de las técnicas y precariedad de las metodologías restaurativas, hacen su operación muy restrictiva, siendo su uso privilegio de unos pocos, aludiéndose que sólo puede aplicarse cuando se afiancen socialmente y se le impongan límites, criterios y objetivos claros.

La falta de homogeneidad de las soluciones obtenidas en virtud de un proceso restaurativo puede ser peligrosa, aunque no inconstitucional, si existen otras alternativas para que el ofensor pueda aminorar la sanción formal.

Desde otro ángulo, se afirma que el proceso restaurativo da un peso excesivo a las faltas leves, en proporción al daño causado, extendiéndose el efecto represivo del aparato persecutorio del Estado a ilícitos de baja lesividad.

El planteamiento victimológico de Josep Tamarit Sumalla critica a esta nueva justicia desformalizada, porque representa un consuelo acomodaticio para las víctimas, sacrificando la igualdad y la seguridad jurídica, como ya se ha señalado. A su vez, el autor agrega que “cuando la cárcel se pone en evidencia como torpe e ineficaz proveedora de servicios educativos que la sociedad no ha sabido prestar, surgen nuevas formas de prevención del delito, menos burocráticas, más fluidas y desprofesionalizadas. Así, la reparación se ofrece como tercera vía entre la abdicación y la represión, con un control que proviene de la comunidad, siendo su intervención extrajudicial la más sospechosa”⁵⁰.

Finalmente, Esther Giménez-Salinas ha sostenido que “la base del sistema restaurativo está en una intensa frustración y desengaño del sistema penal, como cruce entre el fracaso de

⁴⁹ SANTANA VEGA, Dulce, *Principio de oportunidad y sistema penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1995, p. 104.

⁵⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep María; *La reparación a la víctima en el derecho penal: estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*, Editores Fundació Jaume Callís, D.L., Barcelona, España, 1994, pp. 180 y ss.

las ideologías punitivas y la limitación de las corrientes resocializadoras⁵¹.

b) Objeciones Fácticas: Se critica el escaso impacto que han tenido estos programas restaurativos en la justicia formal, configurando sistemas paralelos que no llegan a constituir una verdadera alternativa al proceso.

La preferencia por los procedimientos descentralizados e informales puede llevar a compromisos desproporcionados con el bien jurídico afectado, cuestionándose la falta de claridad para evaluar el perjuicio.

En respuesta a estas críticas podemos señalar que no se trata en la Justicia Restaurativa de enfrentar posiciones, sino de restaurar el daño causado por el conflicto, con una postura de responsabilidad y compromiso, que devuelva las relaciones interpersonales y el tejido social al estado anterior a su alteración. Para este tipo de sistema la responsabilidad y culpabilidad de una de las partes no es un aspecto central, sino el reconocimiento de responsabilidad y la intención de reparar el daño producido. Es por ello por lo que este sistema sólo es aplicable cuando no existe duda sobre los hechos, lo que para algunos implica que el proceso se inicie y se llegue hasta su total esclarecimiento, con el fin de evitar la violación de los principios penales.

La participación de las partes, a su vez, impide una ruptura definitiva de la relación. Incorporándose éstas en un proceso de sanación, se eliminan sus temores a sufrir una nueva afección, sirviendo de este modo a un fin preventivo real, en cuanto contribuye a una motivación de paz social y una conducta de confianza en el Derecho.

Las respuestas que pueden ofrecer estos sistemas restaurativos son relativas a las expectativas, necesidades y posibilidades de reparación de las partes, por lo que la participación no se restringe sólo a los sectores más pudientes o fortalecidos. Por ello, para que no se haga manifiesta la desigualdad de poderes entre las partes, se debe contar con facilitadores preparados, que equilibren los poderes, y que eviten incorporar juicios morales respecto de la conducta de las partes, o incurran en prácticas que generen una victimización secundaria.

Por otra parte, es verdad que la selectividad puede generar injusticias y desigualdades, pero no al nivel que la causan las sentencias de justicia formal. En razón de ello el modelo exige como prioridad la selección adecuada y pertinente de los casos susceptibles de ser abordados.

Los movimientos victimológicos, plantea Myriam Herrera Moreno, que permitieron que antaño la víctima se levantara como exclusiva detentadora del control punitivo, hoy la consideran marginada del sistema penal, y se detecta en la Justicia Restaurativa una posibilidad de retomar su protagonismo, terminando con las políticas criminales exclusivamente centradas en torno al autor del delito, y excluyendo la preocupación de quienes predecían que con el regreso de la víctima al sistema penal sólo se perseguiría su

⁵¹ GIMÉNEZ-SALINAS, Esther; *La mediación: Una visión desde el derecho comparado*, en AA.VV., La Mediación Penal, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia-Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada, Instituto Vasco de Criminología, Barcelona, España, 1999, p. 10.

venganza, desterrando las garantías propias del proceso⁵².

Los estudios sobre opinión social citados por Herrera Moreno⁵³ destierran el mito de la víctima esquiva, que no desea participar en el proceso, que sólo persigue un severo castigo al ofensor, y que nunca estaría dispuesta a aceptar una compensación por bajo sus afanes retribucionistas; dando lugar al reconocimiento de una víctima participativa, adaptativa y flexible.

Finalmente, la autora señala que “el principio de legalidad, se ha alzado como un monumento irrenunciable en el plano dogmático, que a fuerza de no arriesgar nada tampoco nada se gana”⁵⁴. En consecuencia, no se necesita renunciar a él para adoptar un sistema restaurativo que ofrezca las respuestas que reclama la sociedad.

V.- REQUERIMIENTOS DE LA APLICACIÓN DEL SISTEMA RESTAURATIVO

Los modelos restaurativos varían en cuanto a su metodología y forma de intervención, según la cultura del país donde se aplican y las influencias que hayan recibido de otras regiones. Estos procesos tienen en común que parten del concepto restaurativo que aplica formas colaborativas de solución al conflicto, con principios propios de la mediación.

El proceso restaurativo en sus diversas formas, se ha transformado en la principal respuesta penal a las infracciones juveniles, como se refleja en su incorporación sistemática a la justicia juvenil de países como Nueva Zelanda e Inglaterra, y en la proliferación de programas de este tipo en Canadá.

Existe consenso en los países donde se aplican estos modelos sobre sus ventajas y buenos resultados, lo que se puede apreciar en los niveles de satisfacción de las partes y de la comunidad. Asimismo, al encontrarse el infractor cara a cara con la víctima, se produce una transformación interna de la postura de aquel frente al delito, desarrollando una relación más estrecha con la familia y su comunidad, quienes intervienen y le facilitan su reintegración social. Por otra parte, al involucrarse la comunidad, se visualiza el conflicto, la ofensa o el delito como un problema de todos, que demanda acciones conjuntas de carácter preventivo. Finalmente, se estima que los procesos restaurativos permiten una mayor rentabilidad social y uso adecuado de los recursos destinados al control social.

El desarrollo de este sistema en los países donde se ha implementado indica que las prácticas restaurativas requieren avances complementarios en la comunidad, materializados por medio de políticas públicas, leyes y la formación de los funcionarios y operadores de la administración de justicia. Ésta no es una innovación que el sistema judicial pueda emprender por sí solo, sino que requiere de numerosas redes de actores sociales dispuestos a participar y así contribuir a la paz social de sus comunidades.

⁵² HERRERA MORENO, Myriam; *Introducción a la problemática de la conciliación víctima y ofensor, hacia la paz social por la conciliación*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, España, 1996, pp. 377-410.

⁵³ HERRERA MORENO, Myriam; *Introducción a la problemática de la conciliación víctima y ofensor, hacia la paz social por la conciliación*, Ob. Cit., p. 400.

⁵⁴ HERRERA MORENO, Myriam; *Introducción a la problemática de la conciliación víctima y ofensor, hacia la paz social por la conciliación*, Ob. Cit., p. 410.

Los sistemas complejos normalmente se componen de subsistemas interrelacionados⁵⁵, que son sistemas en sí mismos, como lo es la Justicia Restaurativa, inmersa dentro del sistema penal, que necesita del proceso penal, las medidas de seguridad, el cumplimiento de los acuerdos, así como del apoyo de otros subsistemas, como las organizaciones comunitarias, municipales y educacionales, que ofrezcan alternativas de reparación.

Las prácticas de la Justicia Restaurativa deben surgir desde las necesidades de una comunidad o sociedad en particular, y funcionar en una forma que ella encuentre útil, respondiendo al sentimiento social de evitar la impunidad, por medio de un camino intermedio entre la no condena y el uso excesivo de la privación de libertad. Debe evitarse que a este sistema se le proclame como la única alternativa metodológica válida.

En este sentido, es preferible mantener una diversidad de métodos. Lo importante es que la comunidad asuma la responsabilidad de investigar el mejor sistema para la resolución de sus conflictos, de una forma abierta y participativa.

Existen en el mundo programas muy variados que ofrecen diversas respuestas según los participantes, el tipo y la intensidad del conflicto. Estas respuestas deben estar disponibles antes del proceso, durante, e incluso después de la sentencia, y pueden aplicarse a conflictos más graves o menos graves, seleccionados por protocolos transparentes.

Si bien estos programas están en evolución y constante cambio⁵⁶, su desarrollo y operación eleva la realización de principios tales como la voluntariedad, la participación activa, la confidencialidad, la proporcionalidad del acuerdo, el equilibrio de poderes, la información y protección de las partes, entre otros, todo lo cual contribuye a soluciones más satisfactorias, humanas e integrales por parte del sistema jurídico.

VI.- CONCLUSIONES

El presente artículo partió formulando una serie de interrogantes sobre la utilidad que representaría para los fines del Derecho la incorporación de un sistema restaurativo. En función de lo expuesto, se ofrecen las siguientes conclusiones:

1.- La Justicia Restaurativa, si bien no puede plantearse como la única solución al conflicto jurídico, abre una importante oferta a la solución colaborativa de éstos, especialmente cuando involucra a personas vinculadas por una relación permanente, ya sea de parentesco, comunidad social, de bienes o territorio, etc. Enfatizándose la utilidad de su intervención en situaciones delictivas en que participan jóvenes y personas sin historial criminal.

2.- Este sistema no sólo puede servir como fundamento doctrinario a mecanismos de resolución colaborativa de conflictos en el ámbito penal, sino también a los conflictos que se

⁵⁵ MUÑOZ RAMÍREZ, Eduardo; *Teoría general de Sistemas y Derecho*, Apuntes de Historia de la Cultura Jurídica, Universidad Central de Chile, Santiago, Chile, 2008, pp. 6 y ss.

⁵⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; *Justicia Restaurativa. Posibles propuestas para delitos cometidos por personas menores de edad*. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 269-321.

presentan en otras áreas del Derecho, tales como el Derecho Civil, Familia, Comercial y Laboral, entre otros.

3.- Esta oferta se propone como una acción complementaria o sustitutiva al proceso judicial, dependiendo de los hechos que dan origen al conflicto, las características de éste, de la gravedad del delito y de las condiciones psicosociales de las partes.

4.- Hay cuatro elementos que pueden identificarse como esenciales en los sistemas de Justicia Restaurativa, no importando el mecanismo resolutivo empleado, ni la materia de que se trate; 1. El encuentro y participación de las partes y su comunidad de cuidado, 2. La solución al conflicto centrado en las necesidades de las partes y la comunidad, 3. La reparación del daño causado a las partes y a la sociedad por éste, y finalmente, 4. La reintegración social de las partes.

5.- La teoría conceptual en que se basa la Justicia Restaurativa describe la manera en que el conflicto se puede transformar en colaboración, mediante la estructura de las funciones, ya que la reparación del daño relacional requiere la obtención de control personal de las partes interesadas.

6.- Un sistema de justicia penal que sólo imparte castigos a los delincuentes y excluye a las víctimas, no encara las necesidades emocionales y relacionales de éstas. Es por esto que en un mundo donde las personas se sienten cada vez más alienadas, la justicia restaurativa restablece y desarrolla relaciones positivas, disminuyendo la cantidad e impacto del delito, y comprometiendo a los ciudadanos.

7.- La Justicia Restaurativa no privatiza ni estatiza el conflicto, y tampoco lo entrega sólo a la comunidad. Sitúa a estos actores en un equilibrio de poderes y obligaciones respecto al delito, sus orígenes y consecuencias, formando una red colaborativa. No pretende tampoco ser un arreglo rápido a los problemas de convivencia social, sino que tiene como objetivos prevenir consecuencias violentas, evitar su reincidencia y la mantención de una sociedad civil sana.

8.- Entre los principios que guían las prácticas de la Justicia Restaurativa se destacan la realización de políticas públicas coordinadas, con participación del poder público y de la sociedad civil, que respeten la identidad cultural y voluntariedad de los participantes, fortaleciendo su co-responsabilidad. A su vez, se destaca la interdisciplinariedad de la intervención con mediadores debidamente capacitados, que respeten la confidencialidad de los procesos y monitoreen continuamente sus prácticas.

9.- El ámbito de aplicación de la Justicia Restaurativa puede implicar procesos realizados sin ninguna referencia al sistema de administración de justicia, así como operar de manera paralela a un proceso judicial o como complemento a éste y al cumplimiento de la pena.

10.- Los beneficios de la Justicia Restaurativa permiten desjudicializar los procesos y destinar los escasos recursos del sistema judicial de manera focalizada. A su vez, equilibra la compensación restaurativa y retributiva que merece el delito, en donde el infractor asume su responsabilidad y se enfrenta a lo dañino de su acción, siendo acogida la víctima en su

afectación personal. Los ciudadanos desarrollan la habilidad de resolver conflictos de manera no violenta, previniendo soluciones violentas y disminuyendo su reincidencia.

11.- De la comparación entre sistemas de justicia distributiva, retributiva y restaurativa, se puede concluir que para una convivencia sana, necesitaríamos entender el Derecho no sólo como un medio de amedrentamiento social para la disuasión de conductas indebidas o delictuales y de retribución del mal causado, que ocupa un modelo adversarial, que se centra en probar los hechos, establecer responsabilidades y culpas y resolver unilateralmente un conflicto o aplicar un castigo, mirando siempre al pasado. Sino que requiere de un sistema restaurativo que se haga cargo de la resolución de los conflictos, reparando el daño causado a través de un proceso que integra el pasado, y se sitúa en una perspectiva de futuro.

12.- Como se ha expuesto, el sistema restaurativo no propone excluir al Estado como protector de la víctima, sino que pretende hacerla parte del proceso, otorgándole las medidas cautelares necesarias, resguardando el equilibrio de poderes en el encuentro víctima - ofensor y promoviendo políticas públicas que permitan al infractor dar una reparación adecuada a la víctima. Se estima que el proceso penal no debe ser sólo un mecanismo de persecución y sanción penal, sino que es en esencia un mecanismo de solución de conflictos, para lo cual se hace necesario abrir paso, en reemplazo de la pena, a soluciones restaurativas, en ciertas circunstancias y previa evaluación de criterios psicosociales de los intervinientes.

13.- Del análisis de los modelos restaurativos en la legislación comparada, podemos concluir finalmente, que tienen en común una base conceptual restaurativa y formas colaborativas de solución al conflicto, que requieren de un sistema institucionalizado y acorde a la cultura nacional que se inserte de manera paulatina pero formal en el proceso penal, lo que aportará a mejorar el acceso a la justicia de las personas y su convivencia social, mediante procesos más dignos y humanizantes.

VII.- BIBLIOGRAFIA

AMARTYA KUMAR, Sen; *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza Editorial, S.A. Madrid, 1995, pp. 12 y ss.

AIMONE, Daniel; *Análisis de la Procedencia de la Mediación en el Nuevo Sistema Procesal Penal*, en *La Semana Jurídica*, Nº 195, Santiago, Chile, 2004.

BAILONE, Matías; *Abolicionismo, o como destruir el arrogante imperio del poder punitivo*. En http://www.carloparma.com.ar/pdfs/cp_d_pg_01.pdf, (última visita 19.01.2009).

BARATTA, Alessandro; *Principios de Derecho Penal Mínimo*. En: *Criminología y Sistema Penal* (compilación in memoriam), traducido y editado por Julio César Faira. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 299-333.

BAZEMORE, Gordon y WALGRAVE, Lode; *Restorative Juvenile Justice*, Editorial Willow Tree, Missouri, Estados Unidos, 1999, p. 48.

BLANCO, Rafael; DIAZ, Alejandra; HESKIA, Joanna y ROJAS, Hugo; *Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública*. Artículo de la Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado, Nº 6, Santiago, Chile, 2004, pp. 82 y ss.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Nuevo sistema de derecho penal*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2005, p. 24.
- BRAITHWAITE, John; *Restorative Justice and Responsive Regulation*, editado por la Universidad de Oxford, Estados Unidos, 2003.
- CANCIO MELIÁ Manuel y JAKOBS; Günther; *Derecho penal del enemigo*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, España 2006, p. 57.
- CAVADINO, Michael y DIGNAN, James; *The Penal System: An Introduction*, 2ª Edición, Editorial Sage, Londres, Inglaterra, 1997, p. 39.
- COATES, Robert y GEHM, John; *Mediation and Criminal Justice*. Editorial Sage, Londres, Inglaterra, 1989, p. 13.
- DAMASKA, Mirjan; *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis; *El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nº 103, México, 2002.
- EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian; *Mediación Penal, de la Práctica a la Teoría*, 1ª Edición, Editorial Histórica, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 36 y ss.
- ESER, Albin; *Nuevos horizontes en la Ciencia Penal*, Editorial Belgrano, Buenos Aires, Argentina, 1999, pp. 25 y ss.
- GALAWAY, Burt; *Victim participation in the penal corrective process*, en Revista Victimology, An International Journal, Vol. 10, Estados Unidos, 1985, pp. 626 y ss.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; *El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño, victimización terciaria*, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº XV, Madrid, España, 1993, pp. 287-312.
- GIMÉNEZ-SALINAS, Esther; *La mediación: Una visión desde el derecho comparado*, en AA.VV., La Mediación Penal, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia-Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada, Instituto Vasco de Criminología, Barcelona, España, 1999, p. 10.
- GÜNTHER, Klaus; *De la Vulneración de un derecho a la Infracción de un Deber. ¿Un "Cambio de Paradigma" en el Derecho Penal?* en *La Insostenible Situación del Derecho penal*. Editorial Comares, Granada, España, 2000.
- HART, Herbert Lionel Adolphus; *El concepto de Derecho*, traducción Genaro y Carrio, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1961, pp. 45 y ss.
- HASSEMER, Winfried; *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, Interpretación, Procedimiento. Límites de la Prisión Preventiva*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- HERRERA MORENO, Myriam; *Introducción a la problemática de la conciliación víctima y ofensor, hacia la paz social por la conciliación*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, España, 1996, pp. 377-410.
- JACCOUD, Mylene; Ponencia sobre Justicia Restaurativa, en *Conclusiones Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, pp. 106 y ss.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; *Justicia Restaurativa. Posibles propuestas para delitos cometidos por personas menores de edad*. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 269-321.
- LAMONT, Julián y FAVOR, Christi; *Distributive Justice* en <http://plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/> (última visita 19.01.2009).
- LANGON CUÑARRO, Miguel; *La teoría de la vergüenza reintegrativa de Jhon Braithwaite*, en

Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Nº 18, Montevideo, Uruguay, 2000, pp. 63-67.

MARSHALL, Tony; *Restorative Justice*, Editorial Overview, Nueva York, Estados Unidos, 1999, pp. 17 y ss.

MCCOLD, Paul y WACHTEL, Ted; *En busca de un paradigma: una teoría sobre Justicia Restaurativa*. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto de 2003, en Río de Janeiro, Brasil.

MERKEL, Adolf; *Derecho Penal*, Editorial La España Moderna, Madrid, España, 2004, p. 52.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Buenas Prácticas en Acceso a la Justicia*, Editado por el Ministerio de Justicia de Chile, responsable GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel; Santiago, Chile, 2005.

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Conclusiones Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, Editado por el Ministerio de Justicia de Chile, responsable GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel; Santiago, Chile, 2006, pp.107 y ss.

MUÑOZ RAMÍREZ, Eduardo; *Apolo y Dionisio o la controversia entre metodología dura y metodología blanda de la investigación social*, Artículo inédito para ser publicado en Revista de Derecho de la Universidad Central de Chile, Santiago, 2008.

RAWLS, John, *Justicia como equidad*, Revista española de control externo, ISSN 1575-1333, Vol. 5, Nº 13, 2003, pp. 144 -158.

RAWLS, John, *La justicia como equidad: una reformulación*, Edición Erin Nelly, traducción De FRANCISCO, Andrés, Editorial Paidós 2002, Barcelona, pp. 42-74.

RAWLS, John, *La Teoría de la Justicia*, 2ª edición, GONZÁLEZ, María Dolores, Editorial, Fondo de Cultura Económica, México 1995., pp. 132- 194.

REYES SOTO, Nelson; *La Teoría de la Obligación en el Concepto de Derecho de H. L. A. Hart*, Revista de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 28, Valparaíso, Chile, 1986, pp. 243 y ss.

ROXIN, Claus; *La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Nº 8, Madrid, España, 1991, pp. 19 y ss.

SCHONFELD, Leonardo Augusto; *La expansión del derecho penal como Política Demagógica y sus Límites*, en <http://www.carlosparma.com.ar/leocshonfeld.htm>, (última visita 19.01.2009).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Eficiencia y Derecho Penal*, Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales, editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1996, pp.119-120.

SOTAQUIRÁ, Ricardo; *La Justicia en Aristóteles*, en <http://fis.unab.edu.co/docentes/rsotaqui/deontologia/resumen-aristoteles.pdf> (última visita 19.01.2009).

SQUELLA, Agustín; *Filosofía del Derecho*, 1ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003, pp. 369-373.

TAMARIT SUMALLA, Joseph María; *La reparación a la víctima en el derecho penal: estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*, Editores Fundació Jaume Callís, D.L., Barcelona, España, 1994, pp. 180 y ss.

TRENCZEC, Thomas; *¿Hacia una reprivatización del control social? Una evaluación de víctima-delincuente- conciliación*, Papers d' Estudis i Formacio, Centre e Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, Nº 8, España, 1992, p. 29.

UMBREIT, Mark; *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*, Editorial Criminal Justice Press, New York, Estados Unidos, 1994, pp. 19 y ss.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo; SAFFÓN SANÍN, María Paula; BOTERO MARINO, Catalina y RESTREPO VAN NESS, Daniel W. y STRONG, Karen Heetderks; *Restoring Justice*, 2ª Edición, Editorial Rústica, Buenos Aires, Argentina, 2001, pp.14 y ss.

WELZEL, Hans; *Derecho penal alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

WRIGHT, Martin; *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime*, 2ª Edición, Editorial Waterside Press, Winchester, Estados Unidos, 1996, p. 136.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 24.

ZEHR, Howard; *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Editorial Herald Press, Scottsdale, Estados Unidos, 1990, p.280.