

# Justicia Restaurativa y sus respuestas frente al conflicto penal. Responsabilidad y reparación

*Raúl Carnevali Rodríguez\**

“Pedir perdón exige más valentía que disparar un arma, que accionar una bomba. Eso lo hace cualquiera”.

*Patria, Fernando Aramburu*

## RESUMEN

*Desde hace algunos años se plantea la necesidad de incorporar dentro del sistema procesal penal mecanismos propios de la Justicia Restaurativa. Sin embargo aún persiste la discusión acerca de cómo debe ser el alcance de sus respuestas, particularmente lo relativo a la responsabilidad del autor y la reparación a la víctima. Este trabajo pretende establecer los presupuestos mínimos para que pueda estimarse efectiva la responsabilidad de quien haya cometido el hecho delictivo. En este sentido, surgen preguntas acerca de la necesidad de exigir el reconocimiento del hecho y compromisos de evitación, estableciéndose un paralelo con la pena, sobre todo desde la perspectiva de sus dimensiones comunicativas y aflictivas. Asimismo, se examina la reparación a la víctima, entendiendo que para la solución del conflicto penal se debe, necesariamente, considerar su restauración. En este orden, se analiza la naturaleza de los encuentros restaurativos y cómo estos deben entenderse.*

Justicia Restaurativa; pena; reparación

## *Restorative Justice and its responses to criminal conflict. Responsibility and reparation*

## ABSTRACT

*For some years now, the need to incorporate Restorative Justice mechanisms into the criminal procedural system has been raised. However, there is still a discussion about the scope of its responses, particularly concerning the accountability of the offender and reparation to the victim.*

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Profesor de Derecho Penal, Universidad de Talca, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4430-0139>. Correo electrónico: [rcarnevali@utalca.cl](mailto:rcarnevali@utalca.cl)

Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt N° 1200083 que dirijo como investigador responsable. Artículo recibido el 21.4.2021 y aceptado para su publicación el 9.8.2021.

*This paper aims to establish the minimum requirements for the liability of the person who has committed the criminal act to be considered effective. In this sense, questions arise about the need to demand acknowledgment of the act and commitments to avoid it, establishing a parallel is drawn with punishment, especially from the perspective of its communicative and afflictive dimensions. Likewise, reparation to the victim is examined, understanding that for the solution of the criminal conflict, the victim's restoration must necessarily be considered. In this order, the nature of restorative encounters and how they should be understood is analyzed.*

Restorative Justice; punishment; reparation

## I. INTRODUCCIÓN DEL TEMA

Donini afirma: *La giustizia riparativa è la novità politico-criminale più importante degli ultimi lustri, a livello internazionale, sul terreno della prassi e della teoria della pena*<sup>1</sup>. En la misma línea del autor italiano, estimo que la Justicia Restaurativa será, probablemente, el gran desafío al que se deberá abocar la doctrina penal en los próximos años. En efecto, tal como lo he expuesto en otros trabajos<sup>2</sup>, no solo se hace necesario, sino imprescindible, brindar una mirada restaurativa a la solución del conflicto que surge por la comisión de un delito, no solo por la consideración a la víctima, como tradicionalmente se señala cuando se habla de estos instrumentos, sino también por lo que puede llegar a significar para el autor. En este contexto, fundamental resulta examinar el contenido de la respuesta al conflicto, ya sea mediante la pena u otra consecuencia. Y es que la idea restaurativa y su instauración dentro del sistema podría llegar a brindar un nuevo significado a la pena en general, o, dicho en otros términos, puede suponer un cuestionamiento a las bases en las que se asienta la Justicia de corte retributivo<sup>3</sup>. Sin entrar en mayores detalles, pues se abordará más adelante, soy del parecer que hoy existen serios cuestionamientos como para seguir sosteniendo la pena como la única o principal respuesta frente al delito. Los efectos negativos que conlleva, ya no solo para el autor —basta tener presente, su carácter estigmatizador y desocializador—, sino también para la víctima, debido a su escaso o nulo contenido restaurador, me hacen pensar que resulta una tarea prácticamente ineludible, preguntarse qué podemos hacer para ofrecer una respuesta más eficaz frente al delito. Ciertamente, la Justicia Retributiva, tal como hoy la entendemos, sigue siendo imprescindible, pero se hace necesario examinar otras propuestas.

En las líneas que siguen se pretende explicar el alcance de la justicia restaurativa y de qué modo puede ser un instrumento eficaz para resolver conflictos penales sin la imposición de una pena. Para ello se precisará cómo debe entenderse la responsabilidad que debe asumir el autor y de qué forma debería repararse a la víctima. Es posible advertir que este trabajo no pretende controvertir el sistema de corte retributivo —lejos

<sup>1</sup> DONINI, 2015, p. 237.

<sup>2</sup> Entre otros, CARNEVALI, 2019, pp. 415 y ss.; CARNEVALI, 2018, pp. 893 y ss.

<sup>3</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 217, admite la capacidad de rendimiento que pueden tener los procesos restaurativos para la superación del conflicto.

se está de posturas abolicionistas—, pero sí se dirige a poner de manifiesto la necesidad de buscar otros instrumentos para solucionar conflictos penales que pueden ser tan o más eficaces que la pena.

## II. RESTAURACIÓN Y PENA

Quisiera antes de exponer mis propuestas partir con una cita literaria, que si bien no habla expresamente de Justicia Restaurativa, ni tampoco fue un caso resuelto bajo sus presupuestos, sí permitiría comprender su importancia y el porqué es preciso brindar contenidos restaurativos a las respuestas que provienen del Derecho penal. Me refiero a *Los Miserables* de Víctor Hugo<sup>4</sup>.

Como sabemos, Jean Valjean fue condenado por robar pan para su familia hambrienta. Luego por diversas razones terminó cumpliendo una pena de 19 años de prisión. Sin embargo, su condena lo siguió persiguiendo, al negársele toda posibilidad de trabajo y refugio.

En la redención de Valjean tuvo un papel fundamental el obispo de Digne, a quien llamaban Monseñor Bienvenu. Todo comenzó una noche cuando la policía lo arrestara por un robo cometido a dicho obispo, quien lo había acogido, brindándole comida y refugio. Cuando la policía lo descubrió, le exigieron a Valjean que volviera a la casa del obispo, con el propósito de confrontarlo con el religioso, con el fin de que este lo denunciara. A causa del carácter de exconvicto, una denuncia por robo solo podía significar a Valjean ser condenado a perpetuidad o, incluso, imponérsele la pena de muerte. No obstante, y para sorpresa de la policía y del mismo Valjean, en vez de acusarlo, el eclesiástico negó que hubiera sido un robo. Por el contrario, afirmó que los objetos de plata habían sido un regalo y, además, le hizo entrega de otro obsequio: dos valiosos candelabros de plata. Finalizó el encuentro, pidiéndole a Valjean que se fuera en paz como un hombre honesto y que siempre sería bienvenido, pues podía regresar como un invitado de la casa, tratándolo como “mi hermano”.

Sabemos luego la historia, y lo que significó para Valjean este encuentro y su carácter restaurador, y de qué forma se reintegró y contribuyó a la sociedad —como cuando era conocido como el tío Madeleine—. Asimismo, no es posible dejar de referirse a otro de los personajes centrales de la obra, el policía Javert, para quien el respeto a la autoridad y el odio a la rebelión eran sus dos máximas, llevadas a cabo de un modo inquebrantable —su vida era velar y vigilar—. Para Javert, nadie podía ir más allá de la ley, ello representaba el mal y debía ser castigado, sin miramientos. Precisamente, Javert aún conocedor de las obras de Valjean, para él seguía siendo un delincuente, que no solo había robado al sacerdote, sino también una moneda a un niño. El castigo podía ser la única respuesta a la trasgresión de la ley y del orden al que todos nos sometemos.

<sup>4</sup> HUGO, 2018, pp. 73 y ss. También citan el libro, VAN NESS Y STRONG, 2015, pp. 113 y ss.

Sin pretender caer en obviedades y en conclusiones básicas, se pueden apreciar dos formas de considerar el delito. Efectivamente, Valjean robó al obispo, infringió una norma penal y merecía una pena, en manos de Javert, no había posibilidad alguna de librarse del castigo. En principio, no podría cuestionarse el obrar de Javert, pero a fuerza de exagerar su intransigencia, como dice Hugo, lo transforma en algo malo. Por otro lado, el obispo con su respuesta y su mirada compasiva frente al mismo hecho, y siendo la víctima, permitió la restauración de Valjean y su reconciliación con la sociedad.

Si se aprecia desde una perspectiva restaurativa, podría afirmarse que el encuentro entre Valjean y el obispo, precisamente entre quien ha sido el ofensor y la víctima, facilitó un cambio en quien estaba etiquetado como condenado. No es aventurado afirmar que si tal encuentro hubiera sucedido con Javert, tal cambio jamás habría tenido lugar. Por el contrario, su estricto apego a la ley solo tenía como respuesta la imposición de la pena, y su restauración jamás habría acontecido, como así tampoco la de su víctima.

Evidentemente, no es posible pretender negar la función que cumple la pena frente a quien ha delinquido, pero, es posible preguntarse: ¿es la única respuesta? Según se verá más adelante, no lo es<sup>5</sup>.

Es cierto, la pena se explica como un instrumento en donde se impone una censura –apreciado desde una dimensión simbólico-comunicativa, como también fáctico-aflictiva<sup>6</sup>–, pues tal como afirma Von Hirsch, la sanción penal expresa reproche, es decir, castigar supone imponer a otro un sufrimiento –dolor– por el daño realizado. Castigo comunica reproche o reprobación<sup>7</sup>, asimismo, como señala este autor, la censura considera a la víctima y al causante, por cuanto al desaprobación a este último, se reconoce el daño que ha causado a aquella. Así también, la censura se dirige a terceros para proporcionarles razones con el fin de que se desistan<sup>8</sup>. No obstante, tales consideraciones acerca de la pena no impide estimar que es posible también recurrir a otras respuestas, distintas al castigo penal, para expresar desaprobación por lo realizado. Es más, como se explicará, tales respuestas, como las provenientes de la Justicia Restaurativa, pueden tener igual o mayor eficacia disuasiva, amén de brindarle a la víctima un mayor reconocimiento y, por cierto, reparación. Por otro lado, tampoco resulta tan claro que la pena reconozca y repare a la víctima, probablemente, es en este punto donde recae uno de sus mayores cuestionamientos.

El crimen y sus consecuencias, ya sea de orden material como también emocional, pueden producir efectos, tanto para las víctimas como para los delincuentes. Por cierto, tienen una naturaleza diversa, pero no por ello igualmente significativa. Es así,

---

<sup>5</sup> Para WALGRAVE, 2008, p. 46, la respuesta restaurativa es más efectiva que la punitiva, además de ser social y éticamente más deseable.

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 113 y ss.

<sup>7</sup> VON HIRSCH, 1998, p. 35.

<sup>8</sup> Para VON HIRSCH, 1998, pp. 36-37, empleando las palabras de SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 116, la pena tiene una doble dimensión: expresión de reproche y causación de dolor. Ello justifica la pena, tanto retrospectivamente por el reproche, como prospectivamente, entendido el dolor como lo necesario para la prevención.

que tratándose de las víctimas sufren secuelas, no solo por el eventual daño físico que podría afectarlas, sino que también hay derivaciones de orden emocional que no se pueden desatender. En efecto, las víctimas también pueden ser estigmatizadas, dando lugar al aislamiento social. Las víctimas pueden hacer que las no víctimas se sientan más vulnerables –“Si le pasó a ella, podría pasarme a mí”<sup>9</sup>. Por otro lado, los delincuentes también son estigmatizados dada su “historia” en la vida, lo que genera un rechazo en la sociedad, no solo por el temor que puede ocasionar, sino también por la ira que producen personas que con su proceder ponen en peligro bienes que son fundamentales en una colectividad –“Si lo hizo una vez, lo hará de nuevo”<sup>10</sup>.

Justamente, lo que pretendo demostrar en las páginas que siguen es cómo por medio de la Justicia Restaurativa pueden abrirse espacios para que, tanto las víctimas como los delincuentes, puedan reintegrarse a la comunidad. Es cierto, puede parecer contraintuitivo afirmar la restauración de las víctimas y los delincuentes dentro de un mismo contexto<sup>11</sup>. Pero, como se ha indicado precedentemente, ambos comparten la necesidad de una respuesta. Con ello, no se los está equiparando, sino que se está poniendo en evidencia que la atención de uno no puede conllevar la desatención del otro. Si lo que se pretende es una respuesta más profunda a las consecuencias del delito, debemos necesariamente comprender a ambos. Precisamente, la Justicia Retributiva, centrada en la pena y por esta razón en el delincuente, no brinda una respuesta suficiente.

Antes de continuar, quisiera precisar que aun cuando puedan utilizarse los términos delincuente, autor, ofensor u otros similares, solo se los emplea para referirse a quien ha cometido el hecho que da lugar a los encuentros restaurativos. Ciertamente, su responsabilidad penal y por tanto, desvirtuar la presunción de inocencia solo corresponde hacerlo mediante una sentencia condenatoria. En consecuencia, el reconocimiento de los hechos por parte del autor dentro del proceso restaurativo no puede entenderse como una afirmación de su culpabilidad, en la medida en que los intervinientes han logrado llegar a un acuerdo. Es más, si por alguna razón estos encuentros fracasan o los acuerdos no son cumplidos, todo lo que se discutió dentro del contexto de la mediación o de otro mecanismo alternativo que pudo dar lugar a reconocer los hechos, no pueden afectar la presunción de inocencia<sup>12</sup>.

### III. LA JUSTICIA RESTAURATIVA. ALGUNAS PRECISIONES

Quisiera muy brevemente exponer algunas consideraciones de lo que puede entenderse por Justicia Restaurativa, con el fin de comprender su importancia y por qué constituye una respuesta válida frente al delito<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Así, VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 114.

<sup>10</sup> VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 114.

<sup>11</sup> VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 114.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, pp. 32-35.

<sup>13</sup> Ya lo he tratado en CARNEVALI, 2017, pp. 122 y ss.; DÍAZ GUDE, 2019, pp. 15 y ss.

Se ha discutido su denominación, pues hay que quienes sostienen que podría hablarse de Justicia reparadora o terapéutica –*Therapeutic Jurisprudence*–, ya que también se procura sanar los daños, no solo materiales, sino principalmente emocionales que surgen del conflicto penal. Sin entrar al fondo del tema, no es posible negar que haya trazos comunes, pues ambas pretenden reparar y procurar la sanación, pero persiguen objetivos diversos<sup>14</sup>. Es por ello que la expresión Justicia Restaurativa –*Restorative Justice*– es la que mejor responde a lo que se pretende exponer en este trabajo, pues comprende la búsqueda de mecanismos de solución de conflictos que atiendan a la reparación de la víctima, así como también la del autor<sup>15</sup>. Asimismo, la normativa internacional también emplea esta denominación, entre otros, el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas de 2006, la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre principios básicos sobre utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal, y la Recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa en materia de Justicia Restaurativa penal, que actualiza la Recomendación Rec (99) relativa a la mediación en materia penal.

La Justicia terapéutica se enfoca esencialmente en comprender los efectos y las consecuencias de la ley penal, del proceso y su aplicación sobre el bienestar de aquellas personas que se ven involucradas. Es así que se presta atención, entre otros aspectos, a la salud mental de los condenados, ya sea por efectos de las drogas y el alcohol. Es decir, qué mecanismos son los necesarios para debilitar los factores criminógenos y fortalecer instrumentos de evitación de la reincidencia<sup>16</sup>. Es por ello que se recurre a la psicología, la criminología y al trabajo social para introducirlos dentro del sistema jurídico, como sucede, por ejemplo, con las cortes de tratamientos de drogas<sup>17</sup>.

En términos generales, se puede entender por Justicia Restaurativa como un proceso participativo y deliberativo, donde intervienen, principalmente, el autor, la víctima y, en algunos casos, otras personas como los familiares o miembros de la comunidad, quienes mediante encuentros pueden llegar a acuerdos satisfactorios que permitan reparar los daños causados por el hecho delictivo<sup>18</sup>.

Precisamente, se procura responder al conflicto que se ha suscitado por la comisión de un hecho delictivo por medio de la reparación, la que se alcanzaría por el acuerdo

---

<sup>14</sup> Si bien la Justicia Restaurativa puede lograr importantes efectos terapéuticos, tanto para la víctima como el autor, tampoco es posible exigir una sanación completa. Sin embargo, no se pueden desconocer sus aportes. Al respecto, DALY, 2006, pp. 134-143; WEMMERS Y CYR, 2005, pp. 527 y ss.

<sup>15</sup> ROBINSON, 2003, pp. 375 y ss. distingue los procesos de restauración de la Justicia Restaurativa.

<sup>16</sup> WEXLER, 2011, pp. 33 y ss.; WEXLER Y PÉREZ MUÑIZ, 2017, pp. 195 y ss.; KING, 2008, pp. 1096 y ss.; BRAITHWAITE, 2002, pp. 244 y ss.; SUBIJANA, 2017, pp. 201 y ss.

<sup>17</sup> NOLAN, 2001, *passim*; WINICK Y WEXLER, 2015, pp. 479 y ss.; En Chile, DROPPELMANN, 2010, *passim*.

<sup>18</sup> Según afirman VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 23, el término Justicia Restaurativa se empleó por primera vez por Albert Eglash para distinguir tres tipos de Justicia criminal: a) Justicia Retributiva, basada en la pena; b) Justicia Distributiva, basada en el tratamiento al ofensor, y c) Justicia Restaurativa, fundada en la restitución.

de las partes, brindando una especial atención a la satisfacción de la víctima<sup>19</sup>. Lo que no significa, ciertamente, desatender al autor, pues también estos mecanismos dirigen su atención hacia este. En este propósito, no pueden obviarse ciertos estándares mínimos que permitan alcanzar tales objetivos, entre otros, la voluntariedad e igualdad de condiciones en la participación, tal como lo precisan los instrumentos internacionales recién citados.

La reparación está estrechamente vinculada a la responsabilidad que debe asumir el autor. Y es que si entendemos que la reparación, tal como señalan Van Ness/Strong, supone atender al daño que ha sido causado por la conducta criminal, la que debe ser alcanzada mediante procesos cooperativos de las partes interesadas, el papel que en este sentido le cabe al ofensor es esencial<sup>20</sup>. La pregunta que surge entonces es qué debemos exigirle a este para entender que asume su responsabilidad –no en el sentido de culpabilidad penal– y con ello satisface a la víctima. Creo estimar que este es uno de los aspectos más sensibles y, probablemente, más discutibles de la Justicia Restaurativa. Es admisible preguntarse qué es lo que debe repararse, ¿solo los intereses de la víctima? Si es así, ¿cómo se concilian con los intereses de la colectividad? No debe olvidarse que se está frente a un delito, por tanto hay una dimensión pública en la ofensa infringida, es decir, está presente la afectación de un bien jurídico, cuya tutela penal se justifica por tener relevancia social y, por tanto, su lesión considerarse como socialmente dañosa<sup>21</sup>.

Sin lugar a dudas, esta última cuestión se comprende sin mayores cuestionamientos dentro de la llamada Justicia Retributiva, al centrar la infracción de la norma en la culpabilidad penal y en la pena, además, de su dimensión comunicativa y aflictiva, a las que se ha hecho referencia<sup>22</sup>. En este sentido, evidentemente existen algunas diferencias con la Justicia Restaurativa. En términos generales, puede destacarse que el modelo de la Justicia Restaurativa descansa más en el diálogo entre el autor y la víctima, que en la determinación de la infracción de la norma y la consiguiente imposición de la pena. En cambio, la Justicia Retributiva halla su basamento particularmente en la confrontación, pues es de orden adversarial<sup>23</sup>.

Acerca de esto último, se observan algunos estímulos negativos que no se pueden desatender. Es así que el acusado puede sentirse desalentado a comprender las consecuencias

---

<sup>19</sup> Como señala ZEHR, 2005, p. 181: "This VORP process consists of a face-to-face encounter between victim and offender in cases which have entered the criminal justice process and the offender has admitted the offense. In these meetings, emphasis is upon three elements: facts, feelings, and agreements. The meeting is facilitated and chaired by a trained mediator, preferably a community volunteer". Se entiende por VORP: *Victim Offender Reconciliation Program*. Para MARSHALL, 1999, p. 5: "Restorative Justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future".

<sup>20</sup> VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 44.

<sup>21</sup> Al respecto, MARSHALL Y DUFF, 1998, p. 8.

<sup>22</sup> Sobre los primeros trabajos que distinguen entre Justicia Restaurativa y retributiva, ZEHR, 1985, p. 2 y ss.

<sup>23</sup> DALY, 2002, pp. 55 y ss.; ZEHR Y GOHAR, 2003, pp. 21-22; UMBREIT *et al.*, 2005, pp. 257-258; WALGRAVE, 2008, p. 44.

de su acto, pues, al enfrentarse al Estado considera a este su antagonista, al que de alguna forma debe vencer. Incluso, también puede ver a la víctima como su adversario, lo que dificulta un proceso restaurativo, en la medida que el autor la individualiza como la responsable de su situación judicial. Se trata pues de una especie de cultura de la negación, que, incluso, puede ser enfatizada por su abogado defensor<sup>24</sup>. Justamente el negar responsabilidad puede causar un gran dolor en la víctima, pues lo observa como un ocultamiento de la verdad, profundizando la distancia y generando rencor, no solo respecto del propio hechor, sino también hacia la sociedad, pues, de algún modo, ha tolerado que el sistema procesal admita tales prácticas<sup>25</sup>. Y es que el sistema se construye sobre la base de dos actores principales: el Estado representado por el Ministerio Público y el acusado. En este escenario, la víctima es prácticamente un actor muy secundario, y algunos casos, apreciado como un estorbo.

Que así sea, se entiende porque la Justicia tradicional, esto es, la retributiva, se estructura más bien de arriba hacia abajo *–top down–*, donde la base es que el conflicto es, esencialmente, entre el Estado y el autor. La pena es restablecimiento del orden, en cuanto hay una norma puesta en entredicho por el autor. El rol fundamental es de quien sanciona. Por tanto, siendo el Estado el que lo desempeña, se explica el estricto cumplimiento de garantías, como son las que provienen del debido proceso, entendiendo esta, fundamentalmente, como un medio de defensa del ciudadano frente al Estado<sup>26</sup>.

En cambio, en la Justicia Restaurativa se observa su carácter no adversarial, pues es mediante el encuentro entre autor y víctima, que se pretende arribar a una solución y que facilite la reparación a la víctima. Se trata pues, de una relación de abajo hacia arriba *–bottom up–*. Sus bases se afirman en un concepto básico, a saber, de que el Estado no es “propietario” del conflicto, por el contrario, son los involucrados en el mismo quienes también pueden buscar una respuesta<sup>27</sup>. En todo caso, como se indicará más adelante, estimo que esta afirmación hoy no debería interpretarse como una exclusión del Estado, sino como una búsqueda de otras respuestas distintas a la pena, en el que también interviene el Estado. Las tesis abolicionistas, como las de Hulsman<sup>28</sup> o Christie, dirigidas a una sustitución del penal por formas de solución privada, creo que han ido perdiendo fuerza y hoy el discurso no va en la dirección de “sustituir” el sistema penal,

<sup>24</sup> WALGRAVE, 2008, p. 50; BRAITHWAITE, 2005, pp. 285 y ss; SHERMAN, 1993, pp. 449 y ss.

<sup>25</sup> ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, 2011, pp. 49 y ss.

<sup>26</sup> Así, WALGRAVE, 2005, p. 8: *In a coercive procedure, all legal guarantees must be observed. A traditional criminal justice procedure offers safeguards such as legality, due process and proportionality, but it is not evident that these legal safeguards also apply unchanged in a system premised on restoration. The main function is different, the actors are partly different, and the social and judicial context is different. Contrary to the top-down approach of the traditional process, a restorative system should allow ample space for a bottom-up approach*; BRAITHWAITE, 2003, pp. 14-16.

<sup>27</sup> Al respecto, CHRISTIE, 1977, pp. 1 y ss. Para BRAITHWAITE, 1999, p. 5, este trabajo de Christie ha sido el más influyente en la tradición restaurativa. Para GARGARELLA, 2016, p. 197 y ss, alternativas como la justicia restaurativa son más democráticas, pues promueven la elaboración de decisiones abiertas y horizontales, en contraste con un modelo vertical y jurídico-céntrico, propio de un sistema de pautas de sentencia.

<sup>28</sup> HULSMAN, 1991, pp. 681 y ss.

sino más bien de “abrirlo” hacia otros mecanismos con contenidos restaurativos, y que brinden una especial atención a las víctimas<sup>29</sup>.

Ahora bien, el que no se contemple un castigo como fundamento para la solución del conflicto no supone que sobre el autor no recaigan responsabilidades y obligaciones. Hay una asunción de responsabilidad, la que puede entenderse como expresión de censura o reprobación a su comportamiento. Sin embargo, la víctima y su reparación son piezas fundamentales en la Justicia Restaurativa, pues como ya se ha señalado precedentemente, esto último es un déficit del sistema retributivo, en donde la presencia de la víctima y su restauración es más bien secundaria. Ahora bien que así sea, podría entenderse, ya que a la pena, en rigor, no le corresponde la tarea de cerrar las heridas causadas por el delito<sup>30</sup>.

Es interesante tener presente que formas autocompositivas de resolver conflictos y la restauración no son planteamientos recientes, pues ya existían en el pasado, como así también ha sido la aplicada por diversos pueblos aborígenes. Sin embargo, durante la Edad Media, y con el objeto de ir fortaleciendo el poder de los señores feudales y particularmente los del rey, se comenzó a desplazar los intereses de la víctima y la solución “consensuada” del conflicto, por la imposición de un castigo por parte de la autoridad. Había un interés del Estado y, por tanto, era esencial fortalecer dicho poder. Es por ello que los delitos comenzaron a ser considerados como un cuestionamiento al imperio de los señores y del rey. El sistema en vez de centrarse en la víctima, dirigió su atención en el autor, pues al cometer un delito “ofendía” a la autoridad. Con esta nueva estructura política, surgió una forma distinta de comprender el delito: relación entre gobernador y autor. La pena se entendía no solo como una forma de reforzar el orden que ha sido cuestionado, sino también como disuasoria, es por ello que tenían que ser corporales, ya que además de humillar al autor, se buscaba que otros no osaran cuestionar el orden del rey<sup>31</sup>.

#### IV. UNA RESPUESTA AL CONFLICTO PENAL. LA RESPONSABILIZACIÓN

Hoy las potencialidades que pueden ofrecer las consideraciones restaurativas en la solución del conflicto se han ido aceptando y ya no se aprecia una suerte de mirada desconfiada hacia sus aportes<sup>32</sup>. Asimismo, su dimensión pública está abarcada en la medida que dichas prácticas se insertan dentro del sistema procesal penal. Acerca de esto último es preciso ser claro, toda respuesta que proviene de algún mecanismo propio

<sup>29</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 50-51; MARSHALL Y DUFF, 1998, p. 9.

<sup>30</sup> Así lo señala, SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 223. En p. 180 afirma: “La única satisfacción de la víctima que puede pretender la pena es la que ya se deriva de la declaración simbólica del injusto culpable del autor y de la imposición a este de la condena. El dolor del condenado nunca satisfará a la víctima”; MAÑALICH, 2007, p. 166 y ss.

<sup>31</sup> VAN NESS Y STRONG, 2015, pp. 8-10; BARONA VILAR, 2017, pp. 85 y ss.

<sup>32</sup> WALGRAVE, 2008, p. 44.

de la Justicia Restaurativa debe entenderse respaldada por la autoridad pública, pues, existe una resolución judicial que la autoriza. Y es que si el acuerdo y las condiciones que se imponen se logran dentro del sistema procesal penal, se satisfacen dimensiones comunicativas y aflictivas, que también se esperan de la pena. En efecto, desde el momento que el hecho delictivo se inserta dentro de una investigación que lleva a cabo un fiscal, aunque posteriormente tenga lugar una derivación a centros de mediación, se ven cumplidas relevantes funciones estabilizadoras en el plano comunicativo y aflictivo, más aún si luego interviene un juez que respalda, mediante una resolución, el acuerdo alcanzado<sup>33</sup>. Con ello además se satisfacen intereses colectivos involucrados en la solución del conflicto, pues desde el momento que participa un juez del Estado, se restablece la norma infringida, satisfaciendo exigencias de orden preventivo general. Al respecto, no debe olvidarse que el incumplimiento de lo acordado lleva consigo una consecuencia, a saber, que el autor del hecho quedará sometido a las reglas propias de la Justicia Retributiva. Todo debe comprenderse dentro de un proceso institucionalizado, por lo que no se comparten posturas como las abolicionistas, que pretenden buscar soluciones de orden privado<sup>34</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, también puede sostenerse que si es el propio Estado el que impulsa esta clase de mecanismos de carácter autocompositivo, propicia la confianza en los sistemas de administración de Justicia penal, tan cuestionados hoy, pues son los propios involucrados quienes buscan una solución por medio del diálogo y el encuentro. Por lo demás, al tratarse de instrumentos menos lesivos a los derechos ciudadanos, pero no por ello menos eficaces, refuerza un principio tan caro para el Derecho penal como es el de intervención mínima<sup>35</sup>.

En este sentido, nada obsta poder implementar estos instrumentos en cualquier etapa del procedimiento, incluso durante la ejecución de la pena<sup>36</sup>, donde se habla de mediación penitenciaria<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> En estos términos, SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 229. También es la posición de Duff para quien el Estado debe tener un papel fundamental en la solución de un conflicto penal, Sobre el punto, ver la interesante discusión en relación con su libro *The realm of Criminal Law*, en DUFF, 2020, p. 465 y ss.

<sup>34</sup> Así ya lo he planteado con anterioridad, CARNEVALI, 2019, pp. 415 y ss.; VAN NESS Y STRONG, 2015, pp. 30 y ss.; GONZÁLEZ CANO, 2018, pp. 825 y ss.; VERA SÁNCHEZ, 2017, pp. 7 y ss.; CUADRADO, 2015, p. 9: “la mediación puede ser introducida como método relativamente independiente del proceso judicial, pero integrado en el sistema de Justicia penal ya existente; es decir, que en este caso no se trata de innovar –en el sentido de crear un nuevo sistema de Justicia independiente y paralelo al convencional–, sino de implementarlo, combinando sus valores y prácticas, con las existentes en el propio sistema del cual surgen”; GALAIN 2009, p. 79 y ss.

<sup>35</sup> Acerca del principio, CARNEVALI, 2008, pp. 13 y ss.; para BINDER, 2011, pp. 180 y ss., es preciso privilegiar la solución del conflicto por sobre la coerción estatal –preeminencia del Estado–, donde la víctima tenga un mayor protagonismo.

<sup>36</sup> En CARNEVALI, 2019, pp. 429 y ss. realizo una propuesta de oportunidades procesales para poder recurrir a estos mecanismos.

<sup>37</sup> LOZANO ESPINA Y LOZANO PÉREZ, 2011, pp. 273 y ss.; RÍOS MARTIN, 2017, pp. 35 y ss.; WALKER *et al.*, 2013, pp. 151 y ss.

Silva Sánchez en su libro *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal* dedica importantes pasajes a la Justicia Restaurativa, destacando su capacidad de rendimiento<sup>38</sup>. Entendiendo, fundamentalmente, que tendrían lugar de forma complementaria y temporalmente posterior a la finalización del proceso penal público. Es decir, una vez que se determine que se está frente a un injusto culpable. Como muy bien señala Silva Sánchez, en el delito se pueden apreciar dos planos: vertical y horizontal. En cuanto al primero, expresa una lesión al Derecho, que cuestiona su vigencia, por lo que es una relación con el Estado, y la condena expresaría la reafirmación del Derecho. El plano horizontal se refiere, en cambio, a que el delito es también expresión de un conflicto interpersonal que debe ser superado, pues se le ha negado a la víctima el ser persona, ha sido cosificada por parte del autor al haberse quebrantado el reconocimiento recíproco que nos debemos como seres humanos, en consecuencia, requiere ser restaurada –curada en sus heridas–<sup>39</sup>.

Sin embargo, y a diferencia de lo que aquí se ha afirmado, Silva Sánchez indica principalmente dos razones para sostener que la restauración puede tener lugar al final del proceso penal público: a) con el fin de evitar que pueda verse afectado el derecho a la defensa, y b) impedir que la participación del imputado puede ser solo estratégica y no sincera<sup>40</sup>.

Efectivamente, los riesgos expuestos podrían estar presentes, pero pueden ser contrarrestados. Por de pronto, teniendo en consideración los propósitos perseguidos en la Justicia Restaurativa no es posible exigir el mismo nivel garantístico que se le impone a la Justicia Retributiva<sup>41</sup>, lo que no quiere decir, claro está, que no se dispongan de ciertas reglas y estándares, de manera que los distintos intervinientes se hallen en un plano de igualdad. Las garantías penales tradicionales no pueden, así sin más, ser traspasadas, pues la Justicia Restaurativa representa un modelo diverso de hacer Justicia. Como se ha señalado es una relación *bottom up*. Por de pronto, no se puede hablar propiamente de una defensa frente a una persecución penal del Ministerio Público –si bien no desaparece completamente del escenario, pero ha habido una derivación a otros actores–, pues, en rigor, no se trata de un conflicto en que el autor se enfrenta al Estado, que, como se expuso, sí exigiría ciertas garantías para enfrentar a tan formidable oponente, como es lo propio de una relación *top down*.

No obstante lo expuesto, sí es importante establecer ciertos estándares que permitan estar frente a un sistema equilibrado, pues nos podemos encontrar frente a un ofensor no colaborativo, víctima resentida o facilitadores intervencionistas, por lo que se hace necesario adoptar resguardos<sup>42</sup>. En la Justicia Restaurativa lo que se discute

<sup>38</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2018, especialmente desde pp. 215 y ss.

<sup>39</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 221.

<sup>40</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 219. Cuestión esta última, que también resalta SCHÜNEMANN, 2006, pp. 35.

<sup>41</sup> Al respecto, ver el interesante paralelo que hace FOLEY, 2014, pp. 75 y ss.

<sup>42</sup> SHAPLAND *et al.*, 2011, p. 68 y ss.; GIMENO SENDRA Y DÍAZ MARTÍNEZ, 2018, pp. 51 y ss.; MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, 2009, pp. 165 y ss.; GORDILLO SANTANA, 2006, pp. 87 y ss.; CARNEVALI, 2017, pp. 127 y ss.

son los efectos que han tenido lugar como consecuencia de la comisión de un delito y cómo se puede lograr una reparación a la víctima, que también alcance al autor. Por tal motivo, lo relevante no es la determinación de la verdad que fundamente la culpabilidad penal. Sí lo es, que una vez admitida la responsabilidad, precisar qué hacer para alcanzar propósitos como la reintegración e inclusión. El imputado que interviene dentro del sistema de Justicia Restaurativa no está en la misma posición que aquel que está sometido al sistema penal tradicional, pues lo que se discute no es la imputación de un delito y su pena –cuestión que determina el Estado–, sino resolver con la víctima la mejor solución que la satisfaga.

Ciertamente, esto último no puede considerarse una tarea fácil, pues ambas partes se encuentran frente a frente. Por tal razón, el sistema debe procurar garantizar la igualdad –esto es, evitar los desequilibrios y que una parte se sienta en una posición de mayor debilidad– y la participación voluntaria, de manera que la discusión permita arribar a una solución satisfactoria. La normativa internacional, citada precedentemente, va en dicha dirección, esto es, disponer de estándares que resguarden a los intervinientes.

Ahora bien, en cuanto a los riesgos de una participación solo estratégica y carente de sinceridad, no es posible negar que puedan estos presentarse. Es por ello que resulta esencial establecer los parámetros para la responsabilización del ofensor, distinguiendo, de este término una forma pasiva y activa. Se entiende por pasiva cuando se confronta al autor con las consecuencias de sus actos y activa cuando se reconoce el daño y se busca de qué forma repararlo.

Como se señaló al inicio de este trabajo, la pena no puede entenderse como la única o principal respuesta frente al delito. Lo anterior, no solo por los serios cuestionamientos que desde hace un tiempo se vienen afirmando, tanto por el componente desocializador y estigmatizador que lleva consigo, sino que además, y por sobre todo, desconoce o reconoce de una manera muy insatisfactoria a la víctima. La dimensión horizontal del delito, recién expuesta, no se encuentra suficientemente recogida por medio de la institución de la pena. La imposición de un castigo no alcanza a integrar a la víctima, al no otorgarle un efectivo sentido reparador, que vaya más allá de lo simbólico. Es cierto, puede decirse que no es su propósito, pero claramente, a mi modo de ver, es una particularidad negativa que no debe desatenderse<sup>43</sup>.

Pues bien, la cuestión a resolver es la siguiente: si en la Justicia Restaurativa no se considera a la pena –al menos de forma principal, pues cabría en etapas como la penitenciaria– como una consecuencia a aplicar frente a un hecho delictivo, ¿qué podemos exigirle a la respuesta que provenga de estos mecanismos para estimarla una especie de equivalencia a la pena?

Por de pronto, los procesos propios de la Justicia Restaurativa al enfatizar en los encuentros y en la búsqueda conjunta de una solución satisfactoria para ambos, permite que tanto autor como víctima se conozcan y, con ello, comprender el alcance que pudo haber tenido para ambos el hecho constitutivo de delito. Es más, tratándose de este

---

<sup>43</sup> GUZMÁN DALBORA, 2017, p. 1056 y ss.; KÜNSEMÜLLER, 2009, p. 87 y ss.

último, al relacionarse directamente con el sujeto pasivo, mediante estos encuentros, facilitará una mayor comprensión de las consecuencias de su acto delictivo —el drama que causó a la víctima— pudiendo fortalecer su proceso de reinserción<sup>44</sup>. Al respecto, no debe olvidarse lo dicho anteriormente, el autor ha negado a la víctima, cuestión esta que dentro de un juicio es aún más patente, ante la amenaza de una pena. Incluso, el hecho de ser castigados penalmente, puede ser valorado como una forma de reputación, al estimarse una suerte de estatus frente a sus pares, sobre todo entre los más jóvenes<sup>45</sup>.

Considerando lo anterior, es esencial que la responsabilización que debe asumir el ofensor se entienda también como una forma de censura a su comportamiento, esto es, debe apreciarse que la respuesta está estrechamente vinculada con su acto delictivo y que si bien se logró mediante un acuerdo, el Estado está detrás, pues aquel se refrenda por medio de una resolución judicial. Por tanto, se pueden ver satisfechas funciones estabilizadoras, tanto en el plano comunicativo y aflictivo, que también se esperan de la pena.

No se trata de una especie de Justicia *soft*, ya que los procesos restaurativos pueden llegar a ser aún más eficaces para expresar desaprobación por el acto delictivo realizado y, además, arrepentimiento. Como afirma Walgrave, la necesidad de censura pueden expresarse de otras formas que no sean el castigo, ya que después de que se haya producido un delito, los entornos restaurativos pueden comunicar la desaprobación y dar espacio para el arrepentimiento, incluso, de mejor forma que los procedimientos sancionatorios tradicionales<sup>46</sup>. Al respecto, destaca este autor, no puede obviarse que buena parte de los ofensores sí están dispuestos a la comunicación de existir un entorno adecuado, lo que facilitaría sentir empatía por el sufrimiento de sus víctimas, tomar conciencia de su contribución al mismo al sentir culpa, permitiendo gestos restaurativos. Amén de lo anterior, aquello permitiría una mejor comprensión del significado de la norma infringida<sup>47</sup>.

Tal como señala Silva Sánchez, el autor también experimenta un daño moral y emocional al negar la humanidad de la víctima, se embrutece, por lo que requiere superar las secuelas del delito<sup>48</sup>.

La circunstancia de estar participando en un encuentro restaurativo junto con la víctima, ya puede entenderse como una forma de censura a su comportamiento, pues

---

<sup>44</sup> Como señala DUFF, 2015, p. 95, hay una necesidad de procurar instrumentos jurídicos más flexibles capaces de reconocer las demandas y quejas, tanto de las víctimas como de los delincuentes. En ello podría ayudar la Justicia Restaurativa; BOLÍVAR, 2014, pp. 26 y ss.; CUADRADO, 2015, p. 17: “Una de las principales ventajas de la mediación frente a la Justicia penal tradicional es su mayor eficacia en la rehabilitación del autor del hecho y, en consecuencia, en la reducción de los niveles de reincidencia. Es más, Shapland (*et al.*) afirma que uno de los motivos que estimulan a la víctima a formar parte de un proceso mediador es el convencimiento de que ello sirve a los efectos de ayudar a su infractor a no volver a delinquir”.

<sup>45</sup> WALGRAVE, 2008, pp. 50-51.

<sup>46</sup> WALGRAVE, 2008, p. 51.

<sup>47</sup> WALGRAVE, 2008, p. 51; en SHAPLAND *et al.*, 2011, pp. 162 y ss. se exponen los niveles de satisfacción de los ofensores en procesos restaurativos.

<sup>48</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 221.

además, la reconciliación que se pretende, no solo se entiende respecto de la víctima, sino también como una forma de reparación a los valores colectivos que han sido negados<sup>49</sup>.

Ahora bien, para una efectiva responsabilización del autor, es preciso que este asuma una carga, que le suponga una aflicción por lo realizado. Es por ello que no bastaría, tal como señala Duff, las meras disculpas, ya que es preciso un reconocimiento por lo realizado y compromiso de evitación en el futuro, así como la asunción de una reparación como vía de expresión de arrepentimiento<sup>50</sup>. Estimo que exigencias de este orden, de carácter oneroso, permitiría atender las aprehensiones de Silva Sánchez en cuanto una participación estratégica y carente de sinceridad<sup>51</sup>.

La carga asumida por el autor debe ser entendida como una forma de dolor por lo realizado y es lo que se merece<sup>52</sup>. Tal expresión de censura, atendido lo expuesto, permitiría satisfacer en todo o en parte las dimensiones comunicativas y aflictivas que también se esperan de la pena.

## V. LA REPARACIÓN COMO EXPRESIÓN DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO

En la década de los noventa, Jan Philipp Reemtsma escribió el libro *Im Keller* (En el sótano), donde exponía su experiencia como víctima de un secuestro y su posición frente a la pena<sup>53</sup>. Entre algunas de sus afirmaciones, señalaba: “La pena muestra la solidaridad de la comunidad con la víctima”. Asimismo, daba cuenta de los traumas que lleva consigo el ser víctima de un delito, al afirmar: “el derecho de la víctima de obligar al Estado a penar al ofensor”, pues, las víctimas también necesitan ser rehabilitadas, crear nuevamente el derecho<sup>54</sup>. Las argumentaciones de Reemtsma, ponen en evidencia que las víctimas tienen derecho a ser “compensadas”; es decir, recibir una respuesta que vaya dirigida a restablecer su autoestima y su dignidad. Es discutible si, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, tales compensaciones solo pueden satisfacerse con la imposición efectiva del castigo, la declaración de la pena mediante una sentencia o, también pueden lograrse por medio de otros instrumentos.

<sup>49</sup> DUFF, 2003, pp. 50-51; MARSHALL Y DUFF, 1998, p. 15.

<sup>50</sup> DUFF, 2003, p. 52: *Criminal reparation, by contrast, must be burdensome if it is to serve its purpose: only then can it express a serious apology for a wrong done; if it cost the wrongdoer nothing, it would mean no more than empty verbal apology.*

<sup>51</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 219.

<sup>52</sup> Para DUFF, 2003, pp. 54-55: *Criminal mediation is retributive, in that it seeks to impose on (or induce in) the offender the suffering she deserves for her crime, and is justified in those terms. She deserves to suffer censure for what she has done: mediation aims to communicate that censure to her, in such a way that she will come to accept that she deserves it. She deserves to suffer remorse for what she has done: mediation aims to induce remorse in her, by bringing her to recognize the wrong she has done;* FOLEY, 2014, pp. 86-89.

<sup>53</sup> En marzo de 1996 permaneció encerrado por 33 días. Su liberación tuvo lugar después que su familia pagó 30 millones de marcos. Ver PRITTWITZ, 2006, pp. 61 y ss.

<sup>54</sup> PRITTWITZ, 2006, p. 77.

Como se ha explicado, la Justicia Retributiva y la pena en particular no otorgan una atención satisfactoria a la víctima. Es cierto, hay una expresión de solidaridad hacia ella, pero una efectiva restauración se mantiene pendiente, pues no basta una expresión simbólica. El delito no solo expresa la negación al derecho –plano vertical–, además se manifiesta un conflicto interpersonal entre el autor y la víctima que debe ser atendida –plano horizontal–. Conforme lo anterior, se hace necesario buscar otras respuestas que den cuenta de tales dimensiones, pues la pena de una manera limitada satisface la segunda de ellas.

Hoy existe una mayor preocupación por la víctima y cómo procurar su reparación, como lo evidencian las normativas internacionales que se han citado precedentemente<sup>55</sup>. En el caso europeo, está la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos<sup>56</sup>, que para el caso español dio lugar a la ley 4/2015 de 27 de abril, el Estatuto de la víctima. Ambas, en términos generales mantienen el mismo concepto de víctima<sup>57</sup>. Asimismo, nuestro Código Procesal Penal, en los artículos 108 y ss. precisa qué debe entenderse por víctima y sus derechos, lo que no acontece en el Código de Procedimiento Penal.

La precisión de qué puede entenderse por víctima sigue siendo objeto de discusión. Si bien no se tratará en este trabajo, se la puede concebir como quién o quiénes podrían participar en los procesos restaurativos, por haber sufrido perjuicios físicos, emocionales, mentales o económicos como consecuencia de un delito. Se pueden incluir los familiares de una persona fallecida por un delito y que hayan padecido por ello un daño<sup>58</sup>.

Para la legitimidad de estos mecanismos restaurativos deben entenderse que se desarrollan dentro de un proceso de diálogo y de encuentro<sup>59</sup>. Es importante tener presente que la reparación no solo puede ser concebida desde una perspectiva económica, sino que también puede ser emocional y simbólica, en cuanto a que la propia víctima vuelva a sentir confianza, reincorporándose en la comunidad<sup>60</sup>. Esto último es particularmente significativo, incluso para su salud mental, y en este sentido, la expresión de arrepentimiento por parte del ofensor va en esta dirección<sup>61</sup>. El encuentro entre ambos, centrados en el hecho delictivo, que ha sido la fuente del conflicto, dirigiéndose a buscar

---

<sup>55</sup> PEMBERTON Y VANFRAECHEM, 2015, pp. 15 y ss.

<sup>56</sup> En su artículo 2 se define víctima: “i) la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal; ii) los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona”.

<sup>57</sup> CARRASCO ANDRINO, 2020, pp. 249 y ss.; TAMARIT SUMALLA, 2015, pp. 7 y ss.; TAMARIT SUMALLA, 2013, pp. 139-160;

<sup>58</sup> VENTUROLI, 2018, pp. 37 y ss.; SAEZ DE LA FUENTE ALDAMA Y BILBAO ALBERDI, 2018, pp. 51 y ss.

<sup>59</sup> TAMARIT SUMALLA, 2015, pp. 307 y ss.

<sup>60</sup> De la satisfacción de la víctima, SHAPLAND *et al.*, 2011, pp. 139 y ss.; VILLACAMPA, 2020, pp. 58 y ss.

<sup>61</sup> CUADRADO, 2015, p. 14; ESQUINAS VALVERDE, 2006, p. 97. Acerca del perdón en la esfera del injusto culpable, SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 183 y ss.

la superación del daño y la satisfacción de la víctima, en cuanto a su reparación, tiene efectos preventivos indudables<sup>62</sup>.

El encuentro, al centrarse en el hecho delictivo cometido, fundado en una participación voluntaria de ambos, puede tener incluso un efecto tan positivo como la misma respuesta que luego tiene lugar. Y es que la restauración se puede alcanzar tanto por el mismo encuentro de discusión y negociación entre la víctima y el autor como por las medidas reparadoras que, en definitiva, se logren<sup>63</sup>. Ahora bien, es importante tener presente que la discusión no puede centrarse en la licitud o no del hecho –invocar, por ejemplo, legítima defensa–. Debe entenderse que tales cuestiones controversiales no pueden realizarse en un proceso cuyos objetivos son otros, a saber, la superación del conflicto por medio de la reparación de la víctima<sup>64</sup>. En este orden, Braithwaite y Pettit señalan que el objetivo más importante para la reintegración es la víctima, porque ha sido devaluada como persona<sup>65</sup>. Sin bien, continúan estos autores, la víctima puede ser restaurada de diversas maneras, probablemente son más efectivos los actos simbólicos y tangibles que provienen de la comunidad en cuanto a que no será devaluada como persona<sup>66</sup>. La dignidad de las víctimas no solo puede entenderse satisfecha con la declaración de culpabilidad que puede ser expresada mediante una sentencia condenatoria<sup>67</sup>, también es posible ampararla por medio de mecanismos restaurativos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, Silvia, 2017: *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del medio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BINDER, Alberto, 2011: *Análisis de la política criminal*, Buenos Aires: Astrea.
- BOLÍVAR FERNÁNDEZ, Daniela, 2014: “La mediación víctima-ofensor como alternativa al sistema penal: la perspectiva de las víctimas”, *Sistema penal & Violencia*, Vol. 6, Nº 1, pp. 13-30.
- BRAITHWAITE, John y PETTIT, Philip, 1990: *Not just desert. A republican Theory of Criminal Justice*, New York: Oxford University Press.
- BRAITHWAITE, John, 1999: “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts”, *Crime and Justice: A Review of Research*, Nº 25, pp. 1-127.
- BRAITHWAITE, John, 2002: “Restorative justice and Therapeutic jurisprudence”, *Criminal law bulletin*, Nº 38, pp. 244-262.
- BRAITHWAITE, John, 2003: “Principles of Restorative Justice”, en Andrew Von Hirsch *et al.* (Editores), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Portland, Oregon: Hart Publishing, pp. 1-20.
- BRAITHWAITE, John, 2005: “Between proportionality and impunity: confrontation → truth → prevention”, *Criminology*, Nº 43 (2), pp. 283-306.

<sup>62</sup> Respecto de los delitos terroristas, CASTAÑÓN ÁLVAREZ, 2020, pp. 293 y ss.

<sup>63</sup> DUFF, 2003, p. 49; VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 119.

<sup>64</sup> En este mismo sentido, DUFF, 2003, p. 50.

<sup>65</sup> BRAITHWAITE Y PETTIT, 1990, p. 91.

<sup>66</sup> BRAITHWAITE Y PETTIT, 1990, p. 91.

<sup>67</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2009, p. 49.

- CARNEVALI, Raúl, 2019: "Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de *lege ferenda*", *Ius et Praxis*, Año 25, N° 1, pp. 415-438.
- CARNEVALI, Raúl, 2018: "Hacia un diseño normativo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal", en M. Fernanda Vásquez (Directora), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Estado actual, problemas existentes y propuestas de solución*, Santiago: Ed. Thomson Reuters, pp. 893-911.
- CARNEVALI, Raúl, 2017: "La Justicia Restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal", *Justicia Juris*, 13 (1), pp. 122-132.
- CARNEVALI, Raúl, 2008: "Derecho Penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional", *Ius et Praxis* Año 14, N° 1, pp. 13-48.
- CASTAÑÓN ÁLVAREZ, María José, 2020: "De los encuentros restaurativos en los delitos de terrorismo a su aplicación a otros delitos", en María del Mar Carrasco Andrino (Directora) y María del Mar Moya Fuentes (Coordinadora), *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 293-309.
- CARRASCO ANDRINO, Mar, 2020: "Justicia Restaurativa: posibilidades a la luz del Estatuto de la víctima", en María del Mar Carrasco Andrino (Directora) y María del Mar Moya Fuentes (Coordinadora), *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 249-291.
- CHRISTIE, Nils, 1977: "Conflicts as Property", *British Journal of Criminology*, Vol. 17, N° 1, pp. 1-15.
- CUADRADO SALINAS, Carmen, 2015: "La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 17-01, pp. 1-25.
- DALY, Kathleen, 2002: "Restorative justice: The real story", *Punishment & Society*, Vol. 4 Issue 1, pp. 55-79.
- DALY, Kathleen, 2006: "The limits of Restorative Justice", en Dennis Sullivan y Larry Tofft, *Handbook of Restorative Justice. A global perspective*, London/New York: Routledge, Taylor and Francis Group, pp. 134-143.
- DÍAZ GUDE, Alejandra, 2019: *Justicia Restaurativa. Primera parte*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DONINI, Massimo, 2015: "Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio", *Rivista Trimestrale Diritto penale contemporaneo*, N° 2, pp. 236-250.
- DROPPELMANN ROEPKE, Catalina (Editora), 2010: *Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile*, Santiago: Fundación Paz Ciudadana.
- DUFF, Antony, 2020: "Defending the Realm of Criminal Law", *Criminal Law and Philosophy*, N° 14, pp. 465-500.
- DUFF, Antony, 2015: *Sobre el castigo. Por una Justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, trad. Horacio de Pons, Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- DUFF, Antony, 2003: "Restoration and Retribution", en Andrew Von Hirsch *et al.* (Editores), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Hart Publishing, Portland, Oregon, p. 43-59.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2006: "La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?", *Revista Penal*, N° 18, pp. 55-101.
- ETXEBAARRÍA ZARRABEITIA, Xabier, 2011: "Justicia Restaurativa y fines del Derecho penal", en Margarita, Martínez Escamilla y María Pilar, Sánchez Álvarez (Editoras), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid: Editorial Reus, pp. 47-68.
- FOLEY, Tony, 2014: *Developing Restorative Justice Jurisprudence. Rethinking Responses to Criminal Wrongdoing*, Routledge: New York.
- GALAIN PALERMO, Pablo, 2009: "Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces", *Revista Penal*, N° 24, pp. 71-89.
- GARGARELLA, Roberto, 2016: *Castigar al prójimo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores

- GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, 2018: *Manual de Mediación Penal*, Madrid: Edisofer.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel, 2018: “Fundamentos de la integración de la mediación en el proceso penal español. El difícil camino hacia un modelo proporcional y complementario”, en M. Fernanda Vásquez (Directora), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Estado actual, problemas existentes y propuestas de solución*, Santiago: Ed. Thomson Reuters, pp. 823-852.
- GORDILLO SANTANA, Luis, 2006: “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal”, en: *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, Nº 4, pp. 87-124.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, 2017: “Sentido de la pena y reparación”, *Política Criminal*, Vol. 12, Nº 24, pp. 1044-1065.
- HULSMAN, Louk, 1991: “The abolitionist case: alternative crime policies”, *Israel Law Review*, Vol. 25, Nº 3-4, pp. 681-709.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos, 2009: “La reparación del mal causado a la víctima del delito”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Nº 12, pp. 87-111.
- LOZANO ESPINA, Francisca y LOZANO PÉREZ, Luz, 2011: “Mediación penitenciaria: pasado, presente y ¿futuro?”, en Margarita, Martínez Escamilla y María Pilar, Sánchez Álvarez (Coordinadoras), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid: Editorial Reus, pp. 273-307.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2007: “La pena como retribución”, en: *Estudios Públicos*, 108, pp. 117-205.
- MARSHALL, Tony, 1999: *Restorative Justice: an overview*, London: Home Office Research Development and Statistics Directorate.
- MARSHALL, S. E. y DUFF, 1998: “Criminalization and Sharing Wrongs”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, January 1998, pp. 7-22.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, 2011: “La mediación penal en España: estado de la cuestión”, en Margarita, Martínez Escamilla y María Pilar, Sánchez Álvarez (Coordinadoras), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid: Editorial Reus, pp. 15-46.
- MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra, 2009: “Justicia Restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y responsabilidades”, *Ius et Praxis* Año 15, Nº 2, pp. 165-195.
- HUGO, Victor, 2018: *Los Miserables*, trad. Nemesio Fernández-Cuesta, España: Biblok, Book Export.
- KING, Michael S., 2008: “Restorative justice, therapeutic jurisprudence and the rise of emotionally intelligent justice”, *Melbourne University Law Review*, Nº 32 (3), pp. 1096-1126.
- NOLAN, James L., 2001: *Reinventing Justice: The American Drug Court Movement*, Princeton: Princeton University Press.
- PEMBERTON, Antony y VANFRAECHEM, Inge, 2015: “Victim’s victimization experiences and their need for justice”, en Inge Vanfraechem *et al.*, *Victims and Restorative Justice*, New York: Routledge, pp. 15-47.
- PRITTWITZ, Cornelius, 2006: “La resurrección de la víctima en la teoría penal”, trad. de Luis Reyna Alfaro, en Bernd Schünemann *et al.*, *La víctima en el sistema penal*, Lima: Ed. Grijley, pp. 59-84.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, 2017: *Justicia Restaurativa y transicional en España y Chile*, Granada: Comares.
- ROBINSON, Paul, 2003: “The Virtues of Restorative Processes, the Vices of “Restorative Justice”, *Utah Law Review* (1), pp. 375-388.
- SAEZ DE LA FUENTE ALDAMA, Izakun y BILBAO ALBERDI, Galo, 2018: “La problematicidad de la asunción ética de las perspectivas de la víctima”, en Gema Varona Martínez (Directora), *Víctimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, pp. 51-73.

- SHAPLAND, Joanna *et al.*, 2011: *Restorative Justice in Practice*, New York: Routledge.
- SHERMAN, Lawrence, 1993: "Defiance, Deterrence, and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, N° 30 (4), pp. 445-73.
- SCHÜNEMANN, Bernd, 2006: "El papel de la víctima dentro del sistema de Justicia criminal: Un concepto de tres escalas", trad. por Luis Reyna Alfaro, en Bernd Schünemann *et al.*, *La víctima en el sistema penal*, Lima: Ed. Grijley, pp. 19-37.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 2009, "Una crítica a las doctrinas penales de la "Lucha contra la impunidad" y del "Derecho de la víctima al castigo del autor"", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, pp. 35-56.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2018: *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2012: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2° ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, 2017: "La Justicia Terapéutica: un modelo para la salud mental y las adicciones tóxicas", en José Luis De la Cuesta y Ignacio José Subijana (Directores), *Justicia Restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 201-224.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M., 2015: "Los derechos de las víctimas", en Josep M. Tamarit Sumalla (Coordinador), *El estatuto de las víctimas de delitos Comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 7-60.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M., 2015: "La reparación y el apoyo a las víctimas", en Josep M. Tamarit Sumalla (Coordinador), *El estatuto de las víctimas de delitos Comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 294-343.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M., 2013: "El necesario impulso de la Justicia Restaurativa tras la Directiva europea de 2012", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, p. 139-160.
- UMBREIT, Mark S. *et al.*, 2005: "Restorative Justice in the Twenty First Century: a Social Movement full of opportunities and pitfalls", *Marquette Law Review*, pp. 253-304.
- VAN NESS, Daniel W. y STRONG, Karen Heetderks, 2015: *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, 5° edición, Elsevier, Waltham, MA, USA: Anderson Publishing.
- VENTUROLI, Marco, 2018: *La víctima en el sistema penal. ¿Del olvido al protagonismo?*, trad. por Luis Moncayo Rodríguez, Lima: RZ editores.
- VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián, 2017: "Justicia Restaurativa y proceso penal continental", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 33, pp. 7-34.
- VILLACAMPA, Carolina, 2020: "Justicia Restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal", *Política Criminal*, Vol. 15, N° 29, pp. 47-75.
- VON HIRSCH, Andrew (1998), *Censurar y castigar*, trad. Elena Larrauri, Madrid: Ed. Trotta.
- WALGRAVE, Lode, 2005: "Towards restoration as the mainstream in youth justice", en Elizabeth Elliot y Robert M. Gordon (Editores), *New Directions in Restorative Justice Issues, Practice, Evaluation*, Cullompton, Devon: Willan Publishing, pp. 3-25.
- WALGRAVE, Lode, 2008: *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, Devon: Willan Publishing.
- WALKER, Loren *et al.*, 2013: "Brazil's Restorative Prisons", en Katherine van Wormer y Loren Walker (Editores), *Restorative Justice Today*, Thousand Oaks, California: Sage Publications, pp. 151-161.
- WEMMERS, Jo-Anne y CYR, Katie, 2005: "Can mediation be therapeutic for crime victims? An evaluation of victim's experiences in mediation with young offenders", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, Vol. 47, N° 3, pp. 527-544.
- WEXLER, David B., 2011: "From theory to practice and back again in therapeutic jurisprudence: now comes the hard part", *Monash University Law Review*, Vol. 37, N° 1, pp. 33-42.

- WEXLER, David B. y PÉREZ MUÑIZ, Manuel, 2017: “La importancia del “viñedo” de la Justicia Terapéutica va más allá de la Justicia Procesal”, en José Luis De la Cuesta y Ignacio José Subijana (Directores), *Justicia Restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 195-199.
- WINICK, Bruce J. y WEXLER, David B., 2015: “Drug treatment court: therapeutic jurisprudence applied”. *Touro Law Review*, Vol. 18, Nº 3, article 6, pp. 479-486.
- ZEHR, Edward, 1985: “Retributive justice, restorative justice”, *New perspectives on crime justice*, Issue Nº 4, pp. 2-18.
- ZEHR, Edward, 2005: *Changing lenses: A new focus for crime and justice*, 3º edición, Ontario: Herald Press.
- ZEHR, Edward y GOHAR, Ali, 2003: *The little book of Restorative Justice*, pp. 21-22, en <https://www.unicef.org/tdad/littlebooktrjpakaf.pdf> (fecha de consulta: 10. 4. 2021).