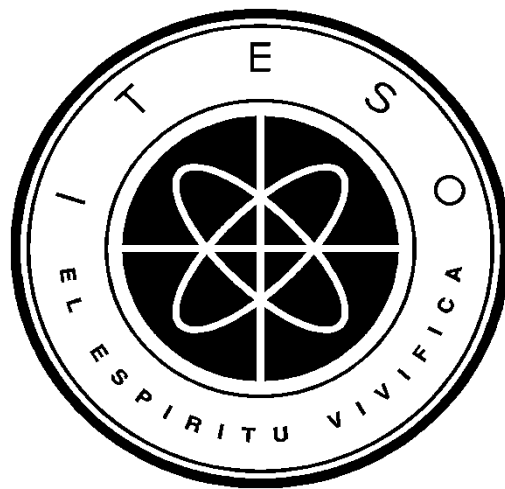


INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE OCCIDENTE

RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ OFICIAL, ACUERDO S.E.P. NO. 15018
PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION
EL 29 DE NOVIEMBRE DE 1976.



DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA Y HUMANIDADES MAestrÍA EN FILOSOFÍA Y CIENCIAS SOCIALES

UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN FILOSOFÍA Y CIENCIAS SOCIALES

PRESENTA:

Michel Zeferino Ramírez Maldonado

TLAQUEPAQUE, JALISCO. DICIEMBRE 2016.

A mis padres.

Quiero agradecer al Dr. Miguel Fernández Membrive, director de este trabajo de obtención de grado. La propuesta de su curso de Filosofías Morales Contemporáneas fue fundamental para desarrollar este trabajo filosófico. De igual manera, sin sus valiosos consejos, observaciones y asesoría no hubiera podido madurar adecuadamente la inquietud intelectual que suscitó en mí la pregunta por la justicia.

Índice

Introducción	6
Capítulo 1.-La pregunta por la justicia	13
1.1. La descripción del proyecto ético-jurídico de la modernidad	14
1.1.1. El derecho como centro de poder y desición.....	¡Error! Marcador no definido.
1.1.2. La conformación de una subjetividad con el modelo del ciudadano.....	17
1.1.3. La justicia como criterio formal	20
1.2. La crítica al proyecto ético-jurídico de la modernidad	25
1.2.1. El Derecho como guerra reglamentada en el análisis de Michel Foucault	¡Error! Marcador no definido.
Marcador no definido.	
1.2.2. La conformación del sujeto individualista del Derecho.....	¡Error! Marcador no definido.
1.2.3. El criterio de justicia del racionalismo jurídico.....	36
Capítulo 2.- La reflexión sobre la justicia restaurativa	40
2.1. Las prácticas restaurativas.....	41
2.2. El contraste entre la justicia restaurativa y la justicia penal del Estado.....	46
2.2.1. La comprensión de los hechos	46
2.2.2. La participación de la víctima, el ofensor y la comunidad.....	47
2.2.3. Los mecanismos de respuesta ante la conducta que ocasiona el conflicto.....	50
2.3. Los pilares de la justicia restaurativa	53
2.3.1. La conformación de un espacio de diálogo.....	53
2.3.1.1. Los encuentros víctima-ofensor	54
2.3.1.2.Las conferencias de grupos familiares	56
2.3.1.3. Los círculos restaurativos.....	57
2.3.1.4. Las Comisiones de la Verdad y la Reconciliación.....	58
2.3.2. La reinención de los sujetos participantes en las práctica restaurativa.....	59

2.3.3. El ritual y el simbolo en la experiencia restauradora.....	62
2.4. Las principales interrogantes y objeciones a la justicia restaurativa	65
Capítulo 3.- Una propuesta de fundamentación filosófica de la justicia restaurativa.....	72
3.1. El estudio de las prácticas restaurativas a partir del pensamiento filosófico	73
3.1.1. Espacio de diálogo: una propuesta de fundamentación basada en el pensamiento político de Hannah Arendt	73
3.1.1.1. La condición humana de la pluralidad.....	74
3.1.1.2. La trama de las relaciones humanas	78
3.1.1.3. Análisis de la comprensión y el juicio en Hannah Arendt	81
3.1.2. Reinención de los sujetos en las prácticas restaurativas. Una propuesta de fundamentación basada en el pensamiento moral de Alasdair MacIntyre	87
3.1.2.1. La práctica según Alasdair MacIntyre.....	88
3.1.2.2.El orden narrativo de una vida humana única en el planteamiento de Alasdair MacIntyre	92
3.2. Las implicaciones de la reflexión de los fundamentos filosoficos del enfoque restaurativo sobre las premisas del Estado moderno.....	96
3.2.1. Las necesidades desestimadas en el Derecho y recuperadas en la justicia restaurativa	96
3.2.2. El impacto de la pertenencia comunitaria en la comprensión de la libertad y la responsabilidad del sujeto.....	98
3.2.3. La recuperación de contenidos en las prácticas restaurativas ante el criterio de justicia del racionalismo jurídico	101
4. Reflexiones finales	103
5. Bibliografía	¡Error! Marcador no definido.

Introducción

¿Por qué son tan irrelevantes para el proceso de justicia las verdaderas necesidades de aquellos involucrados en el crimen, sean trasgresores o transgredidos? ¿Por qué tienen tan poco éxito los cambios pretendidos como reformas para cambiar este patrón? Las respuestas se hallan en lograr un entendimiento compartido respecto de lo que realmente se trata el crimen y la justicia.

Howard Zehr¹

Para el jurista Gustavo Zagrebelsky, la esperanza de justicia es una condición de existencia². La percepción de la injusticia contenida en situaciones de violencia incontrolable, en la explotación y la cosificación de unos seres humanos por otros conduce a que algunas personas asuman actitudes de resignación, atrofia, aturdimiento y nihilismo morales; pero también surge el reclamo individual y colectivo de seres humanos que no pueden permanecer insensibles a lo que la realidad les impone y que en consecuencia buscan por medio de la acción cívica y política nuevas alternativas³. En esta posición se ubica el planteamiento de este trabajo. La reflexión filosófica que aquí se presenta es resultado de una inquietud personal que nace al preguntar por qué, a pesar del gran desenvolvimiento del pensamiento filosófico-jurídico, la justicia continúa siendo un reclamo palpable. El deseo de construir un planteamiento filosófico, a partir de dicha interrogante, se convierte en una necesidad cuando la conciencia es interpelada por actos que destruyen la armonía y el respeto entre los seres humanos y dejan al pensamiento sin ninguna herramienta de comprensión.

El punto de partida de esta investigación personal es la *riqueza cultural* que contienen las constituciones inspiradas en el pensamiento jurídico francés y las aportaciones teóricas de brillantes juristas y filósofos que han ayudado a conformar nuestros criterios de justicia. Sin embargo, aun con toda esta riqueza, el aumento de la violencia en muchas partes del mundo, la exclusión social y la incapacidad del Estado para responder de una forma plenamente satisfactoria repercuten en que la pregunta por la justicia siga siendo un desafío.

¹ Howard Zehr. *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*. Virginia: Herald Press, 1996, p.62.

² Cfr. Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini. *La exigencia de justicia*. Madrid: Trotta, 2006, p.24.

³ Cfr. *Ibid.*, pp.24-26

Los sistemas jurídicos en gran parte de Europa y el continente Latinoamericano han respondido a la injusticia con el proyecto ético-jurídico de la modernidad. En este trabajo se entiende que éste es un conjunto de principios y reglas que ayudan a ordenar la vida social. Se parte de una concepción filosófica centrada en el sujeto. Lo anterior también representa un paradigma de justicia, esto es, un modo de entender la convivencia humana, los conflictos que surgen en ella y lo que se debe esperar si se busca la realización de lo justo. Esto ha conformado una tradición del pensamiento que concibe que el instrumento idóneo para ello es el orden legal; sin embargo, el Derecho se encuentra en crisis. Para ilustrar esto se puede afirmar que el Derecho también ha servido como medio de opresión y ha sido usado en muchas ocasiones para un ejercicio indebido del poder⁴. La teoría jurídica ha instituido importantes criterios para la creación de derechos e instituciones, pero sus conceptos se ven rebasados por una realidad compleja, llena de matices y particularidades que desbordan la capacidad de un sistema compuesto por normas generales y abstractas.

La insuficiencia del orden jurídico para resolver satisfactoriamente diversas demandas sociales se fue manifestando en los procedimientos judiciales de impartición de justicia. Dichos procesos se han instituido conforme al paradigma retributivo. Este ha dominado la forma como el Estado resuelve los conflictos. Se centra en una lucha legal donde las partes se asumen como adversarios, la ofensa se entiende como una transgresión a la ley antes que a las personas y el fin es imponer un castigo. En dichos procedimientos se desentienden de las exigencias de la víctima, por ejemplo, el deseo de participar más activamente en el resarcimiento de los daños.

En respuesta al contexto anterior, se comenzó a buscar la conformación de prácticas enfocadas en las necesidades desestimadas en los procedimientos judiciales del Estado, y esto tuvo como consecuencia el surgimiento de una forma alternativa de entender el crimen y la justicia. En el orden penal, a inicios de los años 70 se empezaron a desarrollar medios alternativos de solución de conflictos que retomaron elementos de la tradición judeo-cristiana y de otros modelos de justicia comunitaria. Por mencionar algunos de ellos: la comprensión de la justicia como un proceso de sanación de heridas afectivas y no sólo materiales, la participación de los afectados en la toma de decisiones y la reincorporación de la víctima y el victimario en la vida social, lo que posibilita que puedan cambiar su conducta y experimentar el perdón.

Estados Unidos, Canadá y otras partes del mundo comenzaron a implementar diferentes mecanismos con un enfoque diferente de los conflictos y de la manera de abordarlos. En estas prácticas se recuperó

⁴ En este trabajo se escribe "Derecho" con mayúscula para indicar el Derecho objetivo y diferenciarlo del derecho subjetivo, facultad jurídica que se reconoce a los sujetos, el que será escrito con minúscula.

como un elemento central el diálogo para atender los daños ocasionados por el delito. A estos nuevos procesos se les denominó justicia restaurativa. Howard Zehr, abogado penalista, es uno de los principales promotores y teóricos sobre el paradigma restaurativo. Zehr considera que este paradigma puede ayudar a concebir prácticas más sensibles a las exigencias vitales de los seres humanos que sufren alguna injusticia. Una revisión de los principales planteamientos teóricos de la justicia restaurativa, permite reconocer un avance en el estudio de estas prácticas en las ciencias sociales; sin embargo, la reflexión filosófica sobre el tema está casi ausente.

Conforme a lo expuesto, la presente investigación tiene los siguientes objetivos: en primer lugar, reflexionar por qué la justicia restaurativa es una alternativa al paradigma retributivo y de qué manera esto confronta las prácticas jurídicas en las que las personas participan como adversarios que buscan imponer su derecho. El segundo objetivo es proponer un ejercicio filosófico que dote a la justicia restaurativa de algunos fundamentos. Un supuesto de este trabajo es que desarrollar los fundamentos filosóficos de la justicia restaurativa es relevante porque pueden ofrecer una nueva perspectiva para la reflexión de los vacíos y pendientes del Estado moderno. Es importante meditar las posibles bases filosóficas de las prácticas restaurativas para extraer principios y conceptos capaces de iluminar el problema de la injusticia. La reducción de la justicia a la ley y la aplicación de una justicia individualista son aspectos del paradigma dominante que se pueden revisar con los fundamentos filosóficos que aquí se sugieren. Para cubrir los objetivos señalados se buscará responder las siguientes preguntas: 1) ¿por qué se puede afirmar que el Derecho, entendido como proyecto ético-jurídico de la modernidad, se encuentra en crisis?; 2) ¿cómo podría pensarse un criterio de justicia que permita avanzar hacia una convivencia más justa fuera del proyecto ético-jurídico de la modernidad expresado en el Derecho?, y 3) ¿qué implicaciones podría tener para las premisas del Estado moderno la reflexión de los fundamentos filosóficos del enfoque restaurativo?

El intento de dotar de algunas bases filosóficas a la justicia restaurativa se propone el siguiente camino: en el primer capítulo de esta investigación se invita a revisar los cimientos del proyecto ético-jurídico de la modernidad conforme al sistema jurídico continental europeo. Lo anterior, con la finalidad de explicar por qué la justicia restaurativa es una respuesta a las demandas insatisfechas del mencionado proyecto. Entre las principales obras que se estudiaron en relación con este punto se cuentan las siguientes: *Meditación sobre la Justicia* de Antonio Gómez Robledo, *Lecciones de Filosofía del Derecho* de Miguel Villoro Toranzo SJ, *Tratado General de Filosofía del Derecho* de Luis Recasens Siches, *La mitología del Derecho Moderno* de Peter Fitzpatrick y otras más. Estas obras se escogieron

por la claridad con que exponen las características que se desean resaltar del proyecto ético-jurídico moderno.

En este orden de ideas, se propone también al lector analizar algunos síntomas que revelan la crisis del Derecho. Esta situación se refiere a los diversos motivos por los cuales el orden jurídico es insuficiente ante los reclamos de la sociedad. Algunos de estos indicios son la excesiva burocracia, la desmedida producción legislativa y la conformación de poderes fácticos que actúan en favor de intereses espurios. A lo largo de esta investigación se descubrió que son pocos los juristas que reconocen esta realidad crítica y difícil. Los planteamientos de Luigi Ferrajoli, en la primera parte de su obra *Derechos y garantías: la ley del más débil*, y de Eduardo Novoa Monreal, en su obra *El Derecho como obstáculo al cambio social*, fueron determinantes para comprender por qué los ordenamientos jurídicos son un instrumento débil ante la injusticia. Lo que en este trabajo se sugiere es que algunas causas de la crisis del Derecho son la institución del Derecho como una forma reglamentada de hacer la guerra, la conformación de un sujeto individualista y la determinación de un criterio racionalista de justicia. El motivo por el cual se pone atención en estas causas es porque se quieren evidenciar las desviaciones del proyecto jurídico de la modernidad y mostrar cómo el paradigma restaurativo responde a ellas.

El estudio de ciertos aspectos de la crisis del Derecho se desarrolló a partir de la genealogía del poder de Foucault. Los análisis de este pensador señalan que las prácticas jurídicas son formas en que la autoridad estatal se apropia del control sobre la verdad a través de la administración de la justicia. En esta investigación no se aborda todo el desarrollo de la genealogía del poder de Foucault, porque eso rebasaría los objetivos delimitados; únicamente se recuperan algunos aportes acerca de la evolución de las concepciones de la verdad jurídica en el Estado moderno y esto con el fin de alumbrar mejor la crítica al proyecto ético-jurídico de la modernidad. Es pertinente reconocer que quedan sin tratar elementos sustanciales del trabajo de Foucault que ayudarían a profundizar más en torno a algunos temas que apenas se mencionan y que podrían ser objeto de posteriores investigaciones. Su estudio sobre el poder ayudó principalmente a identificar cómo el Derecho se fue conformando como una guerra institucionalizada, es decir, como un medio de lucha entre personas que buscan imponer una verdad jurídica conforme a sus intereses. Lo anterior, bajo la apariencia de un sistema normativo racional y neutral. Las observaciones de Foucault a las prácticas jurídicas son la base desde la cual en este trabajo se contrastan las prácticas retributivas y las restaurativas.

En el segundo capítulo se ofrecen al lector los elementos teóricos de la justicia restaurativa. En este apartado se analizan las características fundamentales de dicho modelo y se hace un contraste entre

éste y el sistema de justicia imperante en el proyecto ético-jurídico de la modernidad. También se señalan los cuestionamientos que se han hecho a este paradigma. En el presente trabajo se utilizan los términos “justicia restaurativa”, “paradigma” o “modelo” y “prácticas restaurativas” como sinónimos; algunos estudiosos del tema realizan ligeras distinciones, pero para esta investigación resultan irrelevantes.

Para explicar en qué consiste la justicia restaurativa se consideró principalmente la obra *Cambiando de lente: un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, de Howard Zehr, quien es considerado el padre de la justicia restaurativa. De igual manera, para ampliar y profundizar el conocimiento del tema se revisaron varias publicaciones, entre ellas diversos artículos de Virginia Domingo de la Fuente, una de las especialistas más reconocidas en el tema.

En el tercer capítulo se propone dotar a la justicia restaurativa de algunos fundamentos filosóficos a partir de elementos del pensamiento político de Hannah Arendt y de la reflexión moral de Alasdair MacIntyre. Tras un prolongado tiempo de estudio, investigación y reflexión de diversas propuestas de filosofía política y moral se optó por estos pensadores. Ambos desarrollan postulados que alumbran de manera congruente y profunda las prácticas restaurativas. En el caso del pensamiento político de Hannah Arendt se encontraron postulados muy reveladores que ayudaron a comprender cómo el paradigma restaurativo recupera el significado de los actos injustos; su pensamiento político contiene conceptos que permiten explicar la importancia del diálogo entre la víctima y el ofensor en el caso de la justicia restaurativa. En el correspondiente capítulo se precisan los apartados concretos de la obra de esta pensadora que se sometieron a consideración. Por otra parte, los fundamentos morales que aporta MacIntyre en su obra *Tras la virtud*, sobre todo en los capítulos XIV a XVI, resultaron muy esclarecedores para abordar características fundamentales sobre la actividad que se despliega en los procesos restaurativos. MacIntyre comparte con las prácticas restaurativas la afirmación de que la justicia implica una práctica y no sólo un planteamiento especulativo. Finalmente se propone al lector confrontar los referentes filosóficos que se sugieren para iluminar a las prácticas restaurativas, con las causas de la crisis del proyecto ético-jurídico de la modernidad. Esto con el objeto de mostrar que la justicia restaurativa, a partir de dichos fundamentos, responde a ciertas insuficiencias del Derecho; por ejemplo: la recuperación de necesidades y exigencias desestimadas por el Derecho, el impacto de la pertenencia comunitaria en la comprensión de la libertad y la responsabilidad del sujeto, y la recuperación de contenidos en las prácticas restaurativas pendientes por los vacíos del criterio de justicia del racionalismo jurídico.

Este esfuerzo filosófico no pretende ofrecer los fundamentos definitivos de la justicia restaurativa ni sugiere que este modelo sea la respuesta a toda manifestación de injusticia. Lo que se busca, al final del recorrido, es despertar en el lector la convicción de que hay todavía mucho que pensar y preguntarse sobre el tema. El desarrollo de los referentes filosóficos del paradigma restaurativo puede contribuir a ello e introducir una nueva perspectiva en la pregunta por la justicia, además de revisar las deficiencias actuales del Derecho. Se espera que el lector comparta con el autor de este trabajo la opinión de que la injusticia más grave es no poner la tarea del filosofar al servicio de quienes piden un trato más justo.

Capítulo 1.- La pregunta por la justicia

1.1.-La descripción del proyecto ético-jurídico de la modernidad

La Ilustración instauró las bases del pensamiento político y jurídico en gran parte de Europa y casi la totalidad del continente americano. Este movimiento intelectual sirvió para organizar la vida social en muchos países. Los principios e instituciones que se concibieron por algunos pensadores ilustrados implicaron una forma de entender la justicia en la modernidad. En este sentido, Jürgen Habermas expresa lo siguiente:

El proyecto de la modernidad formulado en el siglo XVIII por los filósofos de la Ilustración consistió en sus esfuerzos para desarrollar una ciencia objetiva, una moralidad y leyes universales y un arte autónomo acorde con su lógica interna. Al mismo tiempo, este proyecto pretendía liberar los potenciales cognoscitivos de cada uno de estos dominios de sus formas esotéricas. Los filósofos de la Ilustración querían utilizar esta acumulación de cultura especializada para el enriquecimiento de la vida cotidiana, es decir, para la organización racional de la vida social cotidiana⁵.

Se puede señalar que la modernidad proporcionó una concepción de la realidad humana y de sus posibilidades de realización. Esto moldeó las prácticas sociales e históricas del ser humano. En el proyecto de la modernidad la justicia fue una aspiración social que se buscó garantizar. Es importante advertir que desde los tiempos antiguos los pueblos han tenido la necesidad de conformar una convivencia que promueva un trato justo. El ser humano requiere de un orden en las cosas creadas; lo justo es el orden sin el cual nuestra vida cae en el caos y la incertidumbre total; es decir, no ideamos la justicia, sino que contamos con ella para poder vivir. En caso de sufrir una injusticia, no sólo se desordena la psique del individuo, sino que todo el orden del cosmos se ve profundamente alterado.

La concepción dominante fue que cada persona podía desarrollar un plan de vida individual. La función de las leyes se concibió a fin de asegurar que cada quien tuviera lo necesario para conseguir sus objetivos, sin dañar a los demás. En este orden de ideas, el proyecto ético-jurídico fue la forma de asegurar la paz. Es una propuesta filosófica que puso al sujeto en el centro. El mundo es caos, pero el que ordena, el que crea cosas, es el sujeto.

El análisis que se propone sobre el proyecto ético-jurídico de la modernidad es el que se construyó en el sistema jurídico continental europeo. En este sistema resulta relevante el pensamiento jurídico

⁵ Jürgen Habermas. "La modernidad, un proyecto incompleto", en Foster Hal. *La posmodernidad*. México: Colofón, 1988, p. 28.

francés y otras legislaciones europeas; especialmente la belga, la italiana y la alemana. Muchos de los códigos latinoamericanos pertenecen a la familia de la cultura jurídica continental europea. En este estudio no se considera al *rule of law* británico.

El proyecto ético-jurídico de la modernidad fundó una arquitectura constitucional sostenida en tres pilares fundamentales: el Derecho como centro de poder y decisión, la conformación de una subjetividad desde el modelo del ciudadano y la justicia como criterio formal.

1.1.1.- El Derecho como centro de poder y decisión

La modernidad mostró que un elemento fundamental para comprender a la sociedad es el Derecho. En este sentido, se puede indicar que no se trata de una realidad biológica, corpórea o psicológica⁶. Al ubicarlo dentro del universo de las cosas se encuentra como un producto de la vida humana. Algunos contractualistas como Hobbes, Locke y Rousseau establecieron las bases en la modernidad para comprender que la *nada jurídica* no existe, pues señalan que *Ubi societas, ibi jus*, donde está el hombre se encuentra el Derecho. Con respecto a los valores ideales del Derecho y su sentido práctico, Luis Recasens Siches expone lo siguiente:

Es verdad que en el Derecho deben encarnar valores superiores, como el de la justicia y los demás valores que ésta supone e implica; es verdad que el Derecho debe ser vehículo de realización de tales valores en la vida social; es verdad que el Derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva a dichos valores; pero es verdad también que el Derecho no surge primeramente como mero tributo a esos valores de superior rango, sino al impulso de una urgencia de seguridad⁷.

En el ámbito de la filosofía jurídica, el Estado moderno únicamente se puede entender a partir de su íntima relación con el Derecho. La organización estatal es la principal generadora de normas jurídicas. Estado y Derecho forman un binomio indisoluble⁸. En este sentido, el Derecho fundamenta su autoridad en la racionalidad de sus preceptos. Las normas establecen condiciones básicas de convivencia para que las personas conozcan lo que pueden reclamar como derecho y lo que se les puede exigir como obligación. La norma describe diferentes situaciones como hipótesis normativas, de las que puede formar parte cualquier sujeto sin distinción. Lo anterior tiene por objetivo suprimir

⁶ Cfr. Luis Recasens Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1991, p. 153.

⁷ *Ibíd.*, p. 220.

⁸ Cfr. Héctor González Uribe. *Teoría Política*. México: Porrúa, 1996, pp. 201-202.

la incertidumbre en las relaciones humanas.

Desde la perspectiva de la filosofía política se puede señalar que Hobbes estableció los fundamentos para el origen, la estructura y la actuación del Estado moderno. La justicia se expresa en las normas pronunciadas por un poder soberano. Conforme a lo anterior cada individuo cede su poder a un tercero para que dicte, declare e imponga por coerción lo justo. En este sentido, Peter Fitzpatrick indica lo siguiente: “Hobbes pasa a establecer el derecho en la misma dimensión que la soberanía. Se ocupa de “el derecho en general”, con la “intención, no de mostrar lo que el derecho es aquí y allá, sino lo que es el derecho”; “nadie más que el Estado puede hacer leyes, porque nuestra sujeción es sólo con el Estado”⁹.

La propuesta de Hobbes es fundamental en la filosofía política. Es una reflexión sobre los límites del Estado frente al individuo. El reconocimiento de los derechos que el sujeto puede exigir ante el Estado es la base de la evolución política. En ese mismo orden de ideas, el cumplimiento de las demandas de justicia y la consolidación del Estado de Derecho son un solo objetivo. Se hace justicia en la medida en que el Estado de Derecho se constituye como un poder efectivo ante la sociedad.

Por lo que se refiere a la filosofía jurídica, los principios de legalidad, generalidad y abstracción de la ley son fundamentales para entender el funcionamiento del Estado de Derecho. La ley es la expresión suprema de lo justo. Ante la ley no puede oponerse otro poder fuera del Estado, cualquiera que sea su forma o fundamento, ni siquiera la resistencia de los particulares. Una ley no puede reconocer el derecho a la revolución formalmente, aunque se haga en nombre de un derecho más alto, porque eso sería una negación de sí misma. En consecuencia, la primacía de la ley significa la sumisión de otras fuentes del derecho¹⁰.

Para Fitzpatrick la costumbre es reducida a una categoría periférica, que se sitúa en oposición al Derecho a través de su asociación con lo salvaje y con un pasado que está por transformarse en modernidad. Este pensador señala que según Jeremy Bentham la costumbre es para seres humanos incivilizados y la ley escrita es expresión del progreso de las naciones. Asimismo, John Austin consideraba que la costumbre era resultado de un intelecto infantil, mientras que el Derecho era producto de una razón instruida y una voluntad recta¹¹.

La generalidad de la ley es un medio para evitar los excesos del poder. Este principio promueve la

⁹ Peter Fitzpatrick. *La mitología del derecho moderno*. México: Siglo XXI, 1998, p. 78.

¹⁰ Cfr. Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2011, p. 24.

¹¹ Cfr. Fitzpatrick. *Op. cit.*, p. 63.

separación de poderes y se ha constituido en garantía de la imparcialidad del poder político respecto de los gobernados. En el Estado de Derecho sólo puede llamarse ley a la norma intrínsecamente igual para todos¹². En este mismo orden de ideas, la abstracción de las leyes es otro de los componentes del sistema jurídico. La abstracción es la generalidad en el tiempo; lo cual representa que las prescripciones jurídicas están destinadas a valer indefinidamente y son formuladas mediante supuestos de hechos abstractos. La abstracción es contraria a las soluciones concretas y a la sustitución demasiado frecuente de unas leyes por otras¹³.

En resumen, el proyecto ético-jurídico de la modernidad consolidó un orden cuyo objetivo principal fue garantizar la estabilidad en las relaciones humanas. La base del Estado es un sistema racional de normas jurídicas. Las leyes son el medio más eficiente para resolver los problemas que pueden surgir en una realidad histórica. El Derecho se opone a que las personas y las situaciones sean tratadas por sus componentes particulares. La ley, para ser expresión de lo justo, tiene que ser general, abstracta e impersonal. Por el contrario, toda manifestación de un trato particular por parte del Estado es una amenaza a los derechos de las personas.

Para que la maquinaria jurídica funcione se requiere un sujeto cuyas características se conformen con lo que el sistema persigue. Las instituciones se diseñaron a fin de que un cierto tipo de persona se desenvuelva en ellas. A continuación, se propone analizar al destinatario de este proyecto. El modelo del ciudadano es el elemento subjetivo del proyecto moderno.

1.1.2.-La conformación de una subjetividad con el modelo del ciudadano

Dentro de la propuesta del proyecto ético-jurídico de la modernidad se encuentra una racionalidad emancipadora que tiene como pilar un sujeto racional (que deviene ciudadano), el cual despliega su potencialidad creadora y transformadora sobre la naturaleza con el objeto de crear cultura e impulsar el proceso civilizatorio mediante prácticas basadas en el conocimiento científico¹⁴. En relación con este punto, Fitzpatrick señala: “Es el individuo el que ahora media entre lo trascendente y lo real, el que

¹² Cfr. Zagrebelsky. Op. cit., p. 24.

¹³ Cfr. *Ibid.*, pp. 29-30.

¹⁴ Cfr. Raúl Zamorano Farías. “Modernidad, sociedad y constitucionalismo en América Latina”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Número 19, Julio-Diciembre de 2008, pp. 238-382, pp. 240-241 (consultado el 28 /V/ 20116). Disponible en :<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/19/ard/ard9.pdf>

ahora teje verdades con el tiempo”¹⁵. El ser humano está sujeto a las ciencias. Esta sujeción indica una liberación final, o la posibilidad de una liberación, puesto que las ciencias son del ser humano en dos sentidos: tratan de él, pero también son suyas. El pensamiento viene a incluir la capacidad humana para concebir y determinar su propio ser¹⁶.

La subjetividad del individuo en el proyecto moderno se afirma como una fuerza que afecta al mundo en el que él está incluido. En palabras muy similares a las que usa Fitzpatrick se puede señalar que la forma en que la persona asume el conocimiento científico e histórico le permite sentir su capacidad para trascender y dominar el conocimiento¹⁷. Este pensador enfatiza que “el sujeto es creado y realizado mediante un descubrimiento y un dominio de sí mismo cada vez mayores”¹⁸. El sujeto trasciende lo finito mediante una sensibilidad que no tiene límites fijos. Esta sensibilidad no está sólo en el pensamiento consciente de sí mismo, sino que se extiende a una esfera desconocida desde la cual el sujeto, en palabras del mismo autor, “es perpetuamente convocado hacia el conocimiento de sí mismo”¹⁹. En esta subjetividad integral, que une las dimensiones trascendente y finita, se da la base para el Derecho moderno²⁰.

La conformación de la subjetividad en la modernidad se orienta por una racionalización del universo. La razón se reconoce ligada a la acción técnica, tanto en la naturaleza como en la sociedad. La historia deja de ser una serie de acontecimientos que ejecutan un plan divino, para convertirse en un curso que conduce a fines trazados por la humanidad, en un sentido que trasciende al individuo y que tiende a su emancipación de la opresión, la escasez y la injusticia. Lo anterior es el fundamento de la democracia moderna.

En el proyecto ético-jurídico de la modernidad el derecho es considerado fundamentalmente un atributo del individuo. La noción de derecho subjetivo permite que el derecho se entienda como facultad. De esta forma se reconoce que el ser humano tiene un conjunto de derechos que la razón asume. En el plano de la subjetividad, los derechos humanos o derechos fundamentales no son objeto de una revelación, sino de una razón que los declara universales. En consecuencia, los derechos humanos, como derechos subjetivos, son producto de una tradición jurídica

¹⁵ Fitzpatrick. *Op. cit.*, p. 37.

¹⁶ *Cfr. Loc. cit.*

¹⁷ *Cfr. Ibid.* pp. 126-127.

¹⁸ *Loc. cit.*

¹⁹ Peter Fitzpatrick. *La mitología del derecho moderno*. México: Siglo XXI, 1998, p.126.

²⁰ *Cfr. Loc. cit.*

universalista.

Los derechos humanos son la base para pasar de un estado de súbdito a ciudadano. La titularidad de un conjunto de derechos subjetivos con pretensión universal significa que los sujetos que son reconocidos como ciudadanos tienen voluntad jurídica y política²¹. El ciudadano tiene capacidad para exigir respeto sobre las cosas que les pertenecen en propiedad o posesión; o para reclamar de otros, mediante acuerdos y contratos, el cumplimiento de una obligación. El ciudadano puede exigir de otros ciudadanos o del Estado el cumplimiento de una determinada conducta para satisfacción de sus intereses.

Los derechos del hombre y del ciudadano se fundamentan en una subjetividad. Para Pierre Rosanvallon el pensamiento jurídico-político de Kant presenta la expresión más lograda de esta subjetivación del derecho. Rosanvallon indica que los filósofos republicanos del siglo XIX comprendieron que Kant propone la teoría más acabada del individuo político y jurídico y es quien mostró con mayor lucidez sus condiciones de realización²². Conforme al planteamiento de Rosanvallon la constitución de un Estado sólo es posible para Kant si los hombres que la componen son verdaderos individuos capaces de comprometerse unos frente a otros, en tantos seres autónomos²³. En su exposición sobre el tema enfatiza lo siguiente:

La idea moderna de contrato y de compromiso contractual es indisociable de una búsqueda de condiciones de eficacia jurídica, cuya expresión es el principio de autonomía de la voluntad. Éste no hace sino acompañar y traducir la oscilación de la idea de derecho y de justicia que se opera con el surgimiento del individuo: tránsito del derecho-orden al derecho-contrato, y de la justicia distributiva a la justicia conmutativa, retomando la categoría de Aristóteles²⁴.

Con relación a lo expuesto en el párrafo anterior se puede señalar que la base del Derecho moderno es la autonomía del sujeto. Las instituciones jurídicas y políticas se concibieron a partir

²¹ Cfr. Alfonso de Julios Campuzano. "La paradoja de la ciudadanía. Inmigración y derechos en un mundo globalizado", en "Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho". Las Palmas de Gran Canaria: Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: Justicia, Migración y derecho, Número 7, Año 2003, pp. 1-24, pp.1-2(consultado el 6/VI/2016). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=643177>

²² Cfr. Pierre Rosanvallon. *La consagración del ciudadano: historia del sufragio universal en Francia*. México: Instituto Mora, 1999, p.101.

²³ Cfr. *Loc. cit.*

²⁴ *Ibíd.*, p.99.

de un individuo libre y autónomo al que se le da la categoría de ciudadano dentro del Estado. El ciudadano es el centro de atribución de facultades e imputación de derechos; es, ciertamente, el elemento nuclear de la articulación de las relaciones entre política y Derecho. La ciudadanía moderna descansa en la imagen de una sociedad constituida por individuos iguales ante la ley.

Kant expone, en su *Doctrina del Derecho*, los tres atributos jurídicos que debe presentar la noción de ciudadanía: a) la libertad legal de no obedecer ninguna otra ley que aquella a la que los ciudadanos otorgan su consentimiento; b) la igualdad civil, que es no obedecer a ningún superior, sólo a aquel que tiene la capacidad jurídica de obligar y c) la autonomía. Para este pensador, lo que constituye fundamentalmente a un ciudadano dentro de una comunidad política es su derecho a participar en la elección de representantes. El derecho al voto es la expresión de la plena individualidad. En este sentido se introduce la capacidad como atributo fundamental de la personalidad jurídica dentro de los principios del derecho civil²⁵.

Después de las consideraciones anteriores, es posible advertir la presencia de instituciones jurídicas que respondieron a una comprensión del ser humano. Su adecuado funcionamiento descansó en una serie de principios considerados justos. Lo anterior implica detenerse en explicar la importancia que tuvo entender la justicia como un criterio formal.

1.1.3.-La justicia como criterio formal

La comprensión de la justicia como criterio formal remite a lo expuesto por Kant acerca de la determinación de la voluntad libre en el individuo. Para Kant el orden jurídico es injusto cuando no se conforma *a priori* a los principios de la razón práctica. El Derecho se entiende en este planteamiento como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad²⁶.

Kant propone que la justicia debe tener un fundamento anterior a todos los fines empíricos. Ni siquiera una unión fundada sobre algún fin común a todos los miembros de la sociedad sería adecuada porque nadie puede obligar a las personas a ser felices de acuerdo con una concepción

²⁵ Cfr. *Ibíd.*, p.101.

²⁶ Cfr. Antonio Gómez Robledo. *Meditación sobre la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1963, pp.143-146.

de bienestar. En la perspectiva kantiana, la prioridad de lo justo se deriva del concepto de libertad en la mutua relación externa de los seres humanos y no tiene nada que ver con un fin natural²⁷. Desde el punto de vista kantiano la sociedad se ordena mejor cuando se orienta por principios que no presuponen ningún tipo de contenido particular sobre lo bueno, ya que fundamentarse de esta manera sería no respetar a las personas como fines en sí mismos y reducirlos a medios.

Miguel Villoro Toranzo señala que la teoría kantiana tiene como aporte fundamental haber mostrado la necesidad de acudir a lo íntimo de la conciencia moral y descubrir los fundamentos *a priori* de las valoraciones jurídicas²⁸. El criterio formal de la justicia por el que optó el pensamiento de Kant supo reconocer que la pretensión de imponer una concepción del bien era caer en la peor de las injusticias. Por otra parte, este criterio consagraba la dignidad del ser humano y reconocía que éste es un fin en sí mismo.

En el proyecto ético-jurídico de la modernidad, la justicia se concibe como un principio abstracto descubierto por la razón y concretado en postulados universales e inmutables. El Derecho moderno asume que la justicia implica conformar instituciones que sean ajenas a cualquier concepción de bien. El jurista y filósofo Pedro de Jesús Pallares Yabur indica:

¿Qué es lo justo? Para un moderno esta pregunta carece de sentido, en su lugar se preguntaría: ¿Cómo he decidido restringir mi libertad, para conseguir bienes mayores, a través de la ley? El derecho deja de ser el *ius romano*, para ser principalmente una exigencia de libertad comprometida y limitada por la ley del Estado²⁹.

Es importante enfatizar que el criterio formal de justicia significa concebir mecanismos políticos y jurídicos que vinculen a todos por igual, que no impongan contenidos y que regulen una convivencia donde se respete la libertad de cada persona. La justicia como criterio formal no implica que cada persona se comprometa con otros en la obtención de determinados bienes, sino en respetar que cada quien persiga los propios. Lo anterior significa que sólo se necesita un conjunto de garantías que sean la base para la convivencia. En el ámbito de la filosofía política

²⁷ Cfr. Michael Sandel. *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 2000, pp. 18-19.

²⁸ Cfr. Miguel Villoro Toranzo. *Lecciones de Filosofía del Derecho. El proceso de la razón y el Derecho*. México: Porrúa, 2006, p. 352.

²⁹ Pedro de Jesús Pallares Yabur. *La configuración de lo justo*. México: Porrúa, 2007, p. 70.

contemporánea John Rawls define la justicia formal de la siguiente manera:

Ahora bien, supongamos que existe cierta estructura básica y que sus reglas satisfacen cierta concepción de la justicia. Podemos no aceptar sus principios; podemos incluso encontrarlos odiosos e injustos. Sin embargo, son principios de justicia en el sentido en que, en este sistema, ellos adoptan el papel de la justicia: proporcionan una asignación de derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas debidas a la cooperación social. Imaginemos también que esta concepción de la justicia es ampliamente aceptada en la sociedad, y que las instituciones son administradas imparcial y congruentemente por jueces y otros funcionarios. Esto es, casos semejantes son tratados de modo semejante, siendo las semejanzas y diferencias pertinentes las identificadas mediante las normas en vigor. La regla correcta, tal y como es definida por las instituciones, es regularmente observada y adecuadamente interpretada por las autoridades. A esta administración imparcial y congruente de las leyes y las instituciones, cualesquiera que sean sus principios sustantivos, podemos llamarla justicia formal³⁰.

Conforme a lo expuesto por Rawls se puede decir que la justicia formal es un aspecto del cumplimiento del orden jurídico³¹. Para este filósofo la injusticia surge en las instituciones cuando las autoridades no se ajustan a las reglas apropiadas o a sus interpretaciones³². Es importante precisar que Rawls y otros filósofos de la modernidad sostienen que la justicia formal tiene que estar unida a la justicia sustantiva³³. En este orden de ideas Rawls puntualiza lo siguiente en *Una Teoría de la Justicia*:

El deseo de observar imparcial y consistentemente las reglas, de tratar de modo semejante casos semejantes y de aceptar las consecuencias de la aplicación de las normas públicas, está íntimamente vinculado al deseo, o al menos a la disposición, de reconocer los derechos y libertades de los demás y de compartir equitativamente los beneficios y cargas de la cooperación social. Un deseo tiende a estar asociado con el otro. Este argumento es ciertamente plausible, pero no voy examinarlo aquí ya que no puede ser valorado adecuadamente hasta que no sepamos cuáles son los principios sustantivos de la justicia más razonables, y en qué condiciones los hombres llegan a afirmarlos y a vivir conforme a ellos. Una vez que entendamos el contenido de estos principios y sus bases en la razón y actitudes humanas, podremos estar en posición de decidir si la justicia sustantiva y la justicia formal están unidas³⁴.

Para Rawls, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad. Su teoría de la justicia se preocupa por los principios que informan a un orden jurídico determinado para distribuir los derechos y las cargas sociales³⁵. El planteamiento de Rawls en *Una Teoría de la Justicia* se ocupa

³⁰ John Rawls. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 65.

³¹ *Cfr. Ibid.*, p. 66.

³² *Cfr. Loc. cit.*

³³ *Cfr. Ibid.*, p. 67.

³⁴ *Loc. cit.*

³⁵ *Cfr. John Rawls. Op. cit.*, p. 62.

de la conformación de un piso común que determina las distribuciones posteriores. Es importante precisar que Rawls no pretende proporcionar una comprensión universalista. La propuesta de Rawls tiene por objetivo dar una solución adecuada al conflicto muy preciso de la sociedad liberal y democrática contemporánea, a la pugna por la libertad y la igualdad tal como se plantea en la sociedad norteamericana contemporánea³⁶.

Visto ahora desde la perspectiva de la filosofía jurídica, la justicia formal significa que, dentro del Estado de Derecho, la justicia es lo que se decide en una sentencia judicial fundamentada en la ley³⁷. La ley plantea supuestos generales sin atender a contextos específicos, no busca satisfacer necesidades concretas de justicia, sino sólo establecer límites a la libertad personal. Con relación a este punto Carl Schmitt apunta lo siguiente:

Una ley no es lo mismo que una sentencia judicial, ni una sentencia judicial es lo mismo que una ley, sino la decisión de un “caso” “sobre la base de una ley”. La posición especial del juez en el Estado de Derecho, su objetividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida y commensurable, que se halla ya contenida en la ley³⁸.

La afirmación anterior permite subrayar que la justicia formal del Estado moderno es la aplicación de una ley al caso concreto mediante una resolución judicial. El juez resuelve lo justo conforme a los parámetros que marca el orden jurídico y toma una distancia objetiva con respecto a los sujetos involucrados. El objetivo de la sentencia no es que las personas sientan que se hizo justicia, sino restablecer el orden público.

En síntesis, el proyecto ético-jurídico fue una manera de concebir la organización de la convivencia humana a partir de algunos planteamientos filosóficos. A causa de esta concepción filosófica de la realidad, el sistema jurídico continental europeo conformó diversos ordenamientos constitucionales que presentan tres pilares fundamentales: el Derecho como centro de poder y decisión expresado en un sistema racional de normas jurídicas, la conformación de una subjetividad desde el modelo del ciudadano y la justicia como criterio formal para resolver los conflictos surgidos de una realidad histórica.

³⁶ Cfr. Carlos Massini Correas. *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. México: UNAM, 2004, pp. 82-83.

³⁷ Cfr. Carl Schmitt. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 78.

³⁸ *Ibid.*, p. 79.

El Derecho es la base para garantizar una convivencia pacífica. Las normas jurídicas conforman un sistema racional conforme al cual se organiza el Estado y las relaciones entre las personas. En el Estado de Derecho la ley tiene las siguientes características: es general, abstracta e impersonal. A partir de estos componentes se pretende asegurar que no se haga un uso arbitrario del poder, que toda persona sea tratada con igualdad y que las relaciones jurídicas se den en un ambiente de certidumbre, donde cada quien conozca sus derechos y obligaciones.

Las instituciones que fueron definiendo el desarrollo de la vida política y el cumplimiento del Derecho en la modernidad corresponden a una determinada concepción sobre el sujeto al que se destinaban dichas estructuras. La persona dentro del Estado moderno es definida como un individuo libre y autónomo al que se le da la categoría de ciudadano. El ciudadano es el centro de imputación de derechos civiles y políticos. En el despliegue de su actividad se consigue el funcionamiento de la maquinaria política y jurídica.

La justicia como criterio formal significa establecer reglas básicas en el ámbito político y jurídico, sin contenidos éticos concretos. El objetivo es posibilitar una convivencia donde se respete la libertad individual de cada persona para definir sus propios fines. La justicia formal es la justicia objetiva del Estado. El juez se centra en principios y reglas del orden jurídico fundamentados en una supuesta universalidad.

El proyecto ético-jurídico de la modernidad es la base en muchos países para la organización de la vida humana. Sin embargo, hoy es posible detectar una situación crítica y difícil. El Derecho manifiesta síntomas de debilitamiento. La distancia inevitable entre teoría y práctica en el terreno político y jurídico denotan que algo fracasó en el proyecto. No es posible exigir del orden jurídico una realización total y que la justicia sea una aspiración plenamente cumplida. Pero sí resulta permisible anunciar que los mecanismos concebidos en la modernidad no están respondiendo y se alejan cada vez más de las exigencias de la sociedad. En este sentido es plausible anunciar una crisis del Derecho y una desviación de los pilares del proyecto moderno.

1.2.- La crítica al proyecto ético-jurídico de la modernidad

El sistema político continental europeo es portador de una tradición jurídica invaluable. El Derecho moderno tiene una evolución considerable en materia de derechos de primera, segunda y tercera generación. Su herencia no solamente está representada por importantes planteamientos de filosofía política y jurídica. Sus principios están materializados en instituciones que han perdurado en la historia. Carlos Nino expresa lo siguiente:

Los constituyentes, legisladores, jueces y administradores deben ser vistos como participantes de un trabajo colectivo, la construcción del derecho, que es en sí mismo parte de un fenómeno más amplio y complejo compuesto de prácticas, instituciones, hábitos y actitudes culturales y creencias básicas que definen una sociedad. Sólo hombres y mujeres excepcionales, actuando bajo condiciones excepcionales como Napoleón o Lenin, pueden tener casi completo control sobre la construcción de un orden jurídico entero y su red de prácticas, hábitos, expectativas y actitudes culturales. Normalmente, incluso grandes hombres y mujeres sólo pueden aspirar a hacer una contribución importante al trabajo colectivo de construir el derecho que es el producto intencional o no de las acciones de millones de personas en un largo periodo de tiempo. Cada una de esas contribuciones está condicionada por la evolución del derecho y otras prácticas sociales del pasado y del futuro³⁹.

El Derecho continúa regulando la vida diaria y los juristas siguen aportando estudios para mejorar la creación y aplicación de las normas jurídicas, sin embargo, las exigencias de justicia rebasan la capacidad de respuesta del sistema continental europeo. La ley presenta descrédito por ser un enunciado normativo sin efectividad ante los problemas que se suscitan en la realidad histórica. Para Alejandro Nieto, el Derecho se ha distorsionado en relación con su origen, dando lugar a una ingeniería legal que únicamente termina por responder a intereses egoístas⁴⁰. La administración de justicia del Estado lamentablemente en muchas ocasiones impone como verdad legal la arbitrariedad política y económica. Lo anterior ha tenido como consecuencia un uso injusto de la ley. En estos términos se puede indicar una crisis del Derecho.

En el ámbito de la Teoría Jurídica se ha constatado que la ley ha fracasado en países de Europa y Latinoamérica. A continuación, se expondrán algunos argumentos de diferentes juristas que desde la filosofía jurídica han denunciado las problemáticas actuales del Derecho.

Luigi Ferrajoli propone analizar la crisis del Derecho a partir de tres aspectos: la crisis de la legalidad, la inadecuación estructural de las formas del Estado de Derecho a las diversas funciones de carácter social, y el desplazamiento de los centros de decisión del Estado nacional

³⁹ Carlos Santiago Nino. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 54.

⁴⁰ Cfr. Alejandro Nieto. *Critica de la Razón Jurídica*. Madrid: Trotta, 2007, p. 207.

a organismos supranacionales que todavía no están consolidados. En lo que se refiere a la disminución del control legal es posible identificar la presencia de sistemas de corrupción que operan de forma paralela al Estado. Diferentes mecanismos extrainstitucionales fomentan una cultura de la ilegalidad. La segunda manifestación de la crisis es la insuperable contradicción del Estado entre asumir un papel de abstención ante los derechos de las personas y un rol de mayor actividad estatal mediante diferentes prestaciones. La producción normativa del Estado social es incompatible con los principios de generalidad y abstracción, porque se basa en prestaciones positivas que muchas veces son discrecionales y contingentes, sustraídas a los principios de estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática. Lo anterior ocasiona una inflación legislativa propiciada por intereses sectoriales. Por último, el Derecho es una respuesta débil porque los Estados nacionales han cedido funciones reservadas a su soberanía a organismos y entidades supranacionales en materia militar, de política monetaria y políticas sociales⁴¹. Para Ferrajoli, la crisis del Derecho representa una fractura de los regímenes democráticos en los siguientes términos:

Es evidente que esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de Derecho. Y se resuelve en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos⁴².

En consonancia con el planteamiento de Ferrajoli se desea enfatizar que los reclamos sobre bienes, como la libertad y la seguridad, quedan subordinados a los intereses de fuertes poderes fácticos (bancos, corporaciones industriales, profesionales, partidos políticos, asociaciones patronales, sindicales, etc.), ya sea del ámbito nacional o transnacional, que ejercen presión con objeto de inclinar a su favor el contenido de la legislación. El jurista italiano Gustavo Zagrebelsky advierte lo siguiente:

El acto de creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos). El resultado de este proceso plural está, por naturaleza, marcado por el rasgo de la ocasionalidad. Cada uno de los actores sociales, cuando cree haber alcanzado fuerza suficiente para orientar en su propio favor los términos del acuerdo, busca la aprobación de nuevas leyes que sancionen la nueva relación de fuerzas. Y esta ocasionalidad es la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes, ligadas a una cierta visión racional del derecho impermeable al puro juego de las relaciones de fuerza. En estas circunstancias, se reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación. Más bien expresa un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio *ex post*

⁴¹ Cfr. Luigi Ferrajoli. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2002, pp. 15-17.

⁴² *Ibid.*, p. 17.

*factum*⁴³.

Conforme a lo anterior, la producción normativa obedece a un encuentro de fuerzas en confrontación. Los procedimientos formales del Estado son mecanismos que tienden a usarse por ciertos grupos para afianzar su poder. Las leyes se convierten en expresión de un poder que se impone sobre otras pretensiones. La conformación del Derecho legislado obedece a una lógica adversarial. Sobre este punto se profundizará más adelante al tratar la crisis del Derecho desde la perspectiva de la filosofía política, y en concreto en el análisis que hace Michel Foucault.

En el marco de la filosofía jurídica también Eduardo Novoa Monreal, jurista chileno, concibe que el Derecho, en su doble aspecto de sistema normativo y de teoría jurídica contiene principios e instituciones que se han convertido en un pesado lastre que impide el progreso social. Los preceptos jurídicos en muchas ocasiones están notoriamente retrasados respecto de las exigencias de una sociedad moderna y sus elaboraciones teóricas continúan tejidas en torno de principios y supuestos propios de otras épocas⁴⁴. En relación a la herencia del Derecho Romano, Eduardo Novoa Monreal menciona lo siguiente:

El Código Civil, impregnado del razonamiento romano y del ideal cristiano, ha establecido un Derecho común que se ha constituido en base de todas las sociedades civiles del Occidente Cristiano. Esta obra ha permitido el nacimiento y desarrollo del capitalismo moderno, en forma que “todo nuestro Derecho está actualmente impregnado del espíritu capitalista”, pues ha aceptado y alentado la producción con miras a la ganancia, con búsqueda de la utilidad ilimitada, siendo el fin y la preocupación constante de la empresa capitalista la producción de esas utilidades. Cada hombre ha tomado como ideal de vida encontrar la felicidad en la riqueza, aunque no tanto por el deseo de goce de los bienes materiales, cuanto por el poder que la riqueza da en el sistema social en que vivimos⁴⁵.

Se puede subrayar que el Derecho moderno se basa en un ejercicio de poder que se fundamenta en una supuesta universalización. Lo anterior deriva en la despersonalización y en el deseo de utilidad ilimitada. La racionalidad jurídica no puede desligarse de la técnica de poder que la configuró. Los

⁴³ Zagrebelsky. *Op. cit.*, p. 37.

⁴⁴ *Cfr.* Eduardo Novoa Monreal. *El derecho como obstáculo al cambio social*. México: Siglo XXI, 1999, p. 13.

⁴⁵ *Cfr. Ibid.*, p. 21.

estudiosos y profesionistas del Derecho en su mayoría se niegan a reconocer las causas y los efectos de un Derecho en crisis.

El desarrollo del pensamiento jurídico es otro de los aspectos donde se manifiesta esta problemática. Ángel Sánchez de la Torre destaca que una de las dimensiones del malestar hacia el Derecho es la desorientación del pensar jurídico. La reflexión filosófico-jurídica está plagada de teorías parciales y desencarnadas de la realidad⁴⁶. El jurista mencionado advierte, en relación con las distintas posiciones de la filosofía jurídica, lo siguiente:

Ninguna de estas posiciones se centra intencionalmente en un centro gravitatorio del conjunto de la realidad jurídica. Son, tales perspectivas, parciales cuando no deliberadamente fragmentarias, las que ocasionan desorientación teórica cuando, cualquiera de ellas, trata de autojustificarse como solo auténtico conocimiento jurídico, mediante el procedimiento de reducirse a su propia perspectiva, tras haber excluido de posibilidades cognitivas a otras diferentes. Por ello no suelen ser los grandes pensadores, que hayan iniciado o protagonizado alguna Escuela determinada, quienes incurrir en tales defectos, sino ciertos discípulos posteriores que, dentro de una Escuela establecida, carecen de las perspectivas críticas y constructivas que la originaron, y, por tanto, desflecan servilmente sus aciertos, o dogmatizan rutinariamente sus errores⁴⁷.

A propósito de lo expresado en el párrafo anterior se puede destacar que la pregunta por la justicia en la teoría jurídica presenta una identidad sustancial sobre el modo de concebir lo justo como regla de armonía y proporcionalidad, entre lo que se da y lo que se recibe en las relaciones humanas⁴⁸. Sin embargo, el carácter especulativo de los intentos por encontrar los criterios de impartición de justicia más adecuados es insuficiente. En este sentido Zagrebelsky enfatiza que la justicia especulativa se olvida de la experiencia personal de la injusticia de la que derivan exigencias que se desdibujan en postulados teóricos demasiado abstractos⁴⁹.

En síntesis, el desarrollo general del Derecho lo ha ido conformando como un instrumento opaco para acceder a mecanismos de justicia más conformes a las exigencias actuales. La formulación normativa y la creación de distintas teorías jurídicas muestran incapacidad para responder a una realidad apremiante. La crisis del Derecho presenta diferentes indicios, por ejemplo, las prácticas de un poder arbitrario de legisladores, gobernantes y administradores, el aumento desmesurado de normas jurídicas y el estancamiento de la reflexión filosófica.

⁴⁶ Cfr. Ángel Sánchez de la Torre. "Crisis del derecho y de la filosofía jurídica, en los albores del siglo XXI", en Emilio Suñer Llinas (Coord). *Filosofía jurídica y política de la nueva Ilustración*. México: Porrúa, 2009, p. 266.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 267-268.

⁴⁸ Cfr. Ricasens Siches. *Op.cit.*, pp. 481-482.

⁴⁹ Cfr. Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini. *La exigencia de justicia*. Madrid: Trotta, 2006, p. 26.

Una vez expuestos los síntomas de la crisis del Derecho se está en posibilidad de proponer algunas causas de este fenómeno. Es posible identificar tres factores que muestran la desviación de los pilares fundamentales del proyecto ético-jurídico de la modernidad: el Derecho como guerra reglamentada, la conformación del sujeto individualista y el criterio de justicia del racionalismo jurídico.

1.2.1.-El Derecho como guerra reglamentada en el análisis de Michel Foucault

Una manera de analizar la crisis del Derecho consiste en revisar los mecanismos de conformación de los sistemas jurídicos del modelo continental europeo. El análisis de la genealogía del poder de Foucault permite comprender parte de los efectos y los fenómenos que suceden en el Derecho. Foucault muestra las prácticas sociales y jurídicas que permiten que los mecanismos de poder sean encubiertos por el Derecho. En consecuencia, para este pensador el proyecto ético-jurídico de la modernidad terminó por conformar un Estado de guerra institucionalizada⁵⁰.

El análisis de Foucault permite observar que en las distintas etapas de conformación del Derecho se dan prácticas de antagonismo entre las personas, lo cual conduce a reconocer que las partes en un conflicto se sitúan como adversarios con la pretensión de imponer la verdad jurídica de su interés mediante los mecanismos de coerción y sometimiento que utiliza el Derecho.

Michel Foucault desarrolló una genealogía de las prácticas de poder del Estado. Para él la búsqueda de lo justo desembocó en la conformación de un sistema jurídico que se construyó a pedido del poder y también en su beneficio para servirle de instrumento y justificación⁵¹. En relación con este punto el filósofo puntualiza:

Tenemos que producir la verdad del mismo modo que, al fin y al cabo, tenemos que producir riquezas, y tenemos que producir una para poder producir las otras. Y, por otro lado, estamos igualmente sometidos a la verdad, en el sentido de que ésta es ley; el que decide, al menos en parte, es el discurso verdadero; él mismo vehiculiza, propulsa efectos de poder. Después de todo, somos juzgados, condenados, clasificados, obligados a cumplir tareas, destinados a cierta manera de vivir o a cierta manera de morir, en función de discursos verdaderos que llevan consigo efectos específicos de poder. Por lo tanto: reglas de derecho, mecanismos de poder, efectos de verdad. O bien: reglas de poder y poder de los discursos verdaderos⁵².

⁵⁰ Cfr. Michel Foucault. *Genealogía del racismo*. Madrid: La Piqueta, 1992, p. 47.

⁵¹ Cfr. Michel Foucault. *Defender la sociedad*. México: Fondo de Cultura Económico, 2002, p. 35.

⁵² *Ibid.*, p. 34.

Es importante recalcar que el Derecho presenta un discurso en el cual el jurista, los jueces y los abogados no son reconocidos como operadores de las relaciones sociales o manipuladores de estructuras de poder, sino como defensores y aplicadores de procedimientos con principios éticos y técnicos considerados los más adecuados para resolver un conflicto de intereses.

La crisis del Derecho revela la necesidad de adoptar una actitud crítica, que implique una revisión epistemológica del discurso jurídico sacralizado institucionalmente. Por lo anterior se hace indispensable introducir la cuestión del poder, a fin de separarse de los intentos del iusnaturalismo y el positivismo analítico de dividir lo jurídico y lo político. En este sentido, para Foucault la aproximación al conocimiento no debe ser como filósofo sino como político, para comprender las relaciones de lucha y de poder. Solamente en esas relaciones, donde los seres humanos procuran dominarse se comprende en qué consiste el conocimiento⁵³. Para encontrar por qué el Derecho como medio para la justicia ha fracasado, es necesario evidenciar el valor político de las verdades jurídicas y desmontar la falsa objetividad en que se fundamenta parte del orden jurídico.

El análisis de la genealogía del poder permite descubrir el discurso que los profesionales del Derecho protegen, desarrollan y reconocen para declarar lo justo en función de una práctica que constituye el sentido común teórico del conocimiento jurídico. Foucault invita a reconocer lo siguiente:

El tribunal, que arrastra con él la ideología de la justicia burguesa y las formas de relación entre juez y acusado, juez y parte, juez y demandante que son aplicadas por la justicia burguesa, me parece que ha jugado un papel muy importante en la dominación de la clase burguesa. Quien dice tribunal, dice que la lucha entre las fuerzas presentes está, de grado o a la fuerza, suspendida; que, en todo caso, la decisión tomada no será resultado de un combate, sino de la intervención de un poder, que será, para unos y para otros, extraño y superior; que este poder está en posición de neutralidad con respecto a ellos y que puede, por consiguiente, o que debería en todo caso, reconocer de qué lado está la justicia. El tribunal implica también que hay categorías comunes a las partes presentes (categorías penales como robo, estafa; categorías morales como honesto y deshonesto) y que las partes presentes aceptan someterse a ellas. Ahora bien, es todo esto lo que la burguesía quiere hacer creer a propósito de la justicia, de su justicia. Todas estas ideas son armas de las que la burguesía se ha servido en el ejercicio del poder⁵⁴.

Es importante advertir que los jueces y especialistas del Derecho reproducen y reconocen un estado de cosas que imponen como verdadero y justo para garantizar la paz. Los grupos que detentan el poder y el conocimiento consideran que la justicia no puede pensarse fuera de una cierta lógica jurídica. En este escenario se desdibuja que el Derecho, detrás de su función pacificadora y garante de la seguridad,

⁵³ Cfr. Michel Foucault. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1978, p. 28.

⁵⁴ Michel Foucault. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza, 2000, pp. 47-48.

esconde la conflictividad misma que pretende contener; es decir, sus mecanismos de coerción detonan la guerra entre los sujetos por la determinación de lo justo.

Desde la perspectiva de la Teoría Jurídica, las normas procesales del Derecho establecen una lucha de intereses por medio del litigio, que es la guerra reglamentada conforme al Derecho para declarar la verdad jurídica, es decir, el derecho que corresponde a quien demuestre mejor pretensión o interés jurídico. Por lo anterior, el Derecho no sólo establece las normas para participar en la lucha de intereses, sino que también determina quiénes entran, es decir, califica a quienes reconoce como sujeto de derechos y por lo tanto con el poder para accionar los mecanismos que el mismo orden jurídico reconoce.

El sujeto, en principio, tiene que demostrar, conforme a las normas procesales del Derecho, que tiene una acción, es decir, que tiene el poder para entrar al litigio, pero en caso de que no pueda participar de esos medios de poder el sujeto es negado por el Derecho. El sistema jurídico, en consecuencia, a quien no puede demostrar su acción no le da ninguna seguridad, ni le proporciona ninguna justicia.

Lo anterior conduce a la primera fractura del Derecho como herramienta para la justicia porque establece unos mecanismos de acceso de los cuales quedan excluidos muchos intereses que el Estado no reconoce por medio de la acción. Muchas demandas de justicia de grupos sociales en Europa y Latinoamérica no han contado con el derecho de tener un procedimiento judicial porque no tienen el poder para accionarlo, para generarlo; el Derecho les niega la verdad de su interés para entrar a un juicio. Los legisladores, los juristas y los que tienen el saber jurídico determinan los intereses que son protegidos y reconocidos.

Retomando la perspectiva de Foucault, este pensador señala que las prácticas judiciales representan una manera de conocer formas que ha empleado la sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y relaciones entre el hombre y la verdad. En estas prácticas se definen ciertas reglas de juego que determinan las concepciones de la verdad jurídica, desde el Derecho de la Grecia clásica y de la Edad Media hasta el Estado moderno⁵⁵.

En el análisis de la genealogía del poder de Foucault, el procedimiento de indagación es fundamental para entender la conformación de la verdad jurídica en la modernidad. La

⁵⁵ Cfr. Michel Foucault. *La verdad y las formas jurídicas*. *Op.cit.*, pp. 15-16.

indagación para este pensador apareció en la Edad Media. Surge como un proceso de gobierno, una modalidad de gestión; en otros términos, es una manera de ejercer el poder. Es una manera de investigar la verdad jurídica. Esta práctica es una forma de saber general y se introduce en el Derecho a partir de la Iglesia, por lo cual tiene influencia de categorías religiosas. Este proceso de gobierno, según Foucault, introduce en la práctica judicial la noción de infracción. Cuando un individuo causa daño a otro también hay un daño al Estado⁵⁶.

A partir del análisis de Foucault se pueden rastrear las prácticas que fueron conformando en la historia al poder judicial y la forma en que esto obedeció a intereses económicos y políticos. El estudio de la genealogía del poder de Foucault señala que el derecho de ordenar y controlar el pleito judicial, por ser un medio de acumular riquezas, fue confiscado por los más ricos y poderosos⁵⁷. Sin asumir completamente todos los planteamientos del análisis de la genealogía del poder se puede señalar que permite reconocer cómo en la historia política se fue conformando el proyecto ético- jurídico de la modernidad a partir de relaciones y mecanismos de poder. En este sentido Foucault señala:

Tenemos un discurso histórico y político –y es en este aspecto que esta históricamente anclado y políticamente descentrado– que aspira a la verdad y el buen derecho, a partir de una relación de fuerza, para el desarrollo mismo de esa relación y con exclusión, por consiguiente, del sujeto que habla –el sujeto que habla del derecho y busca la verdad– de la universalidad jurídico-filosófica. El papel de quien habla no es, por lo tanto, el del legislador o el filósofo que se sitúa entre los campos, personaje de la paz y el armisticio, en la posición que ya había imaginado Solón y también Kant. Establecerse entre los adversarios, en el centro y por encima, imponer una ley general a cada uno y fundar un orden que reconcilie: no se trata en absoluto de esto. Se trata, antes bien, de plantear un derecho afectado por la disimetría, fundar una verdad ligada a una relación de fuerza, una verdad armada y un derecho singular. El sujeto que habla es un sujeto –ni siquiera diría polémico– beligerante⁵⁸.

En este contexto se puede sugerir que la ley general y abstracta en gran parte no fue un instrumento pacificador sino al contrario, un medio de guerra. Por este motivo, la crisis del Derecho tiene como causa que los procesos de impartición de justicia del Estado se han convertido en muchas ocasiones en mecanismos de enfrentamiento entre las personas.

El procedimiento judicial conforma un frente de batalla que atraviesa las prácticas jurídicas dentro del sistema continental europeo. En este escenario no hay sujeto neutral porque incluso el juez defiende la lógica, la teoría y los principios en los que ha sido instruido y formado dentro de un estado de

⁵⁶ *Cfr. Ibid.*, pp. 86-87.

⁵⁷ *Cfr. Ibid.*, p. 78.

⁵⁸ Michel Foucault. *Defender la sociedad. Op. cit.*, pp. 58-59.

cosas, aunque sea para algunos injusto. En este sentido siempre se es, forzosamente, el adversario de alguien cuando se trata de defender el propio Derecho.

El sujeto que habla de su derecho (o, mejor, de sus derechos) se posiciona en el conflicto desde una postura individualista. Los procedimientos legales del Estado se ponen en movimiento por individuos que pretenden en muchas ocasiones que el Derecho les sirva para imponer por la fuerza sus pretensiones. El Derecho no es un espacio de diálogo abierto a diferentes perspectivas e intereses. El siguiente elemento que se tiene que analizar es el sujeto que se conforma en estas prácticas combativas.

1.2.2.- La conformación del sujeto individualista del Derecho

La legislación codificada encierra instituciones de clara inspiración liberal-individualista. El esquema ideológico que informa al orden jurídico busca perpetuar una organización de la vida social bajo la apariencia de principios jurídicos⁵⁹. A continuación, se analizarán algunos mecanismos legales que fomentan prácticas individualistas.

La autonomía de la voluntad se refiere a que las personas pueden obligarse en la forma en que quieran, en tanto no vulneren los derechos de terceros. En lo que se refiere a la irretroactividad de la ley, significa que ciertos derechos, al momento de ser reconocidos a una persona, ya no le pueden ser desconocidos posteriormente por otra norma. Esto quiere decir que los intereses individuales no pueden ser tocados por normas posteriores⁶⁰.

Para la modernidad, el derecho es considerado, definitivamente, un atributo del individuo. Los derechos subjetivos se asumen como condiciones de vida por y para los sujetos. A partir del derecho subjetivo, entendido como poder del individuo frente al Estado y sus relaciones con otros individuos, se entiende la justicia conmutativa y distributiva en el Derecho moderno. En consecuencia, el ciudadano que se fue conformando en la modernidad entiende sus derechos como relaciones de poder: su derecho es la potestad que le es reconocida para exigir del Estado y de los otros individuos un hacer, un no hacer o un dar.

⁵⁹ Cfr Novoa Monreal. *Op.cit.*, p. 161.

⁶⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 167-170.

La subjetividad que se fue conformando en la modernidad no fue la del ciudadano que pertenece a una comunidad jurídica en reciprocidad de derechos y deberes frente a los otros, sino un individuo que se vertió de forma dominante hacia su propio interés, y se desvinculó de la comunidad de la que en principio era ciudadano con responsabilidad hacia ella. Se puede reconocer la presencia de un sujeto tendiente al individualismo que asume el derecho subjetivo como potestad o poder ante los otros para conseguir su interés aun en contra de la propia comunidad. La ciudadanía moderna que descansaba en el objetivo de una sociedad constituida por individuos autónomos, libres e iguales ante la ley, entra en crisis cuando el individualismo dirige las prácticas jurídicas. Esto se opone al ciudadano descrito en el pensamiento kantiano, como alguien que es capaz de responsabilizarse de los otros.

Para Peter Fitzpatrick es importante estudiar el sujeto de derecho que se fue conformando en las prácticas jurídicas y sociales mediante el análisis de la genealogía del poder de Foucault, pero ampliando la relación entre poder disciplinario y subjetividad autónoma⁶¹. Fitzpatrick indica que el sujeto individual es el producto de una administración disciplinaria⁶². La administración liberal moderna encarna una unión particular del poder y el conocimiento, que crea una subjetividad particular. Un elemento importante en el estudio de Fitzpatrick es que el sujeto existe fuera de la diversidad de poderes que influyen en él y los ordena⁶³. En la medida en que es mayor el número y la diversidad de esos poderes, es quizá más variado y complejo el proceso por el cual se da una producción integradora del sujeto que se encuentra en la posibilidad de experimentar y ejercer el poder desde las diversas influencias que recibe⁶⁴.

Conforme al estudio que hace Fitzpatrick de Foucault, el sujeto es influenciado por técnicas de poder que funcionan por la vía de la aplicación positiva y productiva. Los elementos de este poder más visibles y palpablemente normalizadores pueden verse en el ordenamiento, la capacitación, las líneas de observación y regularidad que se dan en las cárceles, las fábricas, los asilos y las escuelas. La raza sirve, también, como un punto visible de aplicación de normas disciplinarias que se vincula estrechamente con otros lugares de control como la familia, la educación y la propiedad⁶⁵. Fitzpatrick señala que el sujeto es un autor responsable y necesariamente reflexivo. El sujeto tiene la autonomía necesaria para conformarse como un ser que obra positivamente como normal en la causa de su propia

⁶¹ Cfr. Fitzpatrick. *Op. cit.* p. 128.

⁶² Cfr. *Loc. cit.*

⁶³ Cfr. *Ibid.*, p. 129.

⁶⁴ Cfr. *Loc. cit.*

⁶⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 129-130.

normalización o autorrealización. El sujeto no es únicamente el efecto inerte de diversas técnicas⁶⁶.

Fitzpatrick propone que el Derecho ofrece modos de generar una subjetividad disciplinada y autorresponsable. Estos modos se apartan de la obra de Foucault, para quien el Derecho no iba más allá de la transgresión, el juicio y el castigo. Por otra parte, el Derecho tampoco es simplemente represivo. En la modernidad se presenta un auge del Derecho como facilitador de la capacidad envolvente del sujeto para crear derechos, por ejemplo, a partir de figuras jurídicas como el contrato. El funcionamiento de estos mecanismos del Derecho evoca obviamente una autorresponsabilidad sostenida y depende de ella⁶⁷.

Peter Fitzpatrick señala que el poder y la libertad del individuo aumentan junto con el desarrollo de una autoridad racional política centralizada. Con base en el planteamiento de Foucault, pero también tomando distancia, reconoce que la extensión de los derechos subjetivos del individuo se combina con una rápida difusión del control de la vida por parte del gobierno, cosas difícilmente conciliadas en la concepción de una ciudadanía participativa⁶⁸. Conforme a este planteamiento lo que se sugiere es que el individuo, al irse reconociendo autónomo y titular de derechos subjetivos, termina rompiendo lazos comunitarios. Fitzpatrick también observa que Marx reconoció este esquema. La extinción de la comunidad crea un vacío que es llenado por relaciones económicas generales que dominan el poder político de un Estado organizado centralmente. La disolución de la entidad comunitaria coloca a los individuos uno junto a otro como personas independientes y privadas cuyos vínculos adoptan principalmente formas jurídicas⁶⁹.

El concepto de ciudadanía muestra contradicciones. La primera objeción de la noción de ciudadanía consiste en centrarse en formas jurídicas que niegan muchas veces los contenidos concretos. El predominio de los derechos individuales termina por desconocer derechos colectivos que se sustentan en la pertenencia a una colectividad y que reclaman el reconocimiento de un lazo comunitario; por ejemplo, los derechos étnicos y derechos de género. Otro problema es que puede operar como un medio de exclusión. A pesar de que está fundamentada en el ideal del reconocimiento de derechos en igualdad de condiciones, en no pocas ocasiones funciona como forma de invisibilización de los

⁶⁶ *Cfr. Loc.cit.*

⁶⁷ *Cfr. Ibid.*, pp. 136-137.

⁶⁸ *Cfr. Ibid.*, p. 133.

⁶⁹ *Loc. cit.*

miembros de una sociedad que representan la diversidad cultural⁷⁰.

Es importante señalar que el individualismo que ha permeado en algunas instituciones está vinculado al racionalismo jurídico. Las doctrinas racionalistas del Derecho conformaron una teoría jurídica que ha servido para establecer procedimientos de sometimiento. El criterio formal de justicia se ha ido instituyendo como un mecanismo de coerción que en muchas ocasiones provoca que los fallos judiciales terminen por ser determinaciones arbitrarias. Por lo anterior es pertinente revisar algunos planteamientos racionalistas que permitan analizar una cierta racionalidad jurídica que terminó por vaciar a la justicia de contenidos y que propició que el Derecho se orientara por prácticas y hábitos individualistas.

1.2.3.- El criterio de justicia del racionalismo jurídico

Desafortunadamente, el criterio formal de justicia fue conformándose en el racionalismo jurídico como un modo de determinar lo justo que se desvinculó de la comprensión kantiana del ser humano como fin en sí mismo. El racionalismo fue instituyendo un criterio jurídico que eliminó la importancia de factores culturales, psicológicos, históricos, geográficos y de otra índole. Esta posición doctrinal terminó por negar contenidos en las relaciones humanas y provocó sistemas jurídicos que redujeron a los seres humanos a medios dentro del conflicto. A continuación se abordan algunos planteamientos filosóficos que permiten sostener esta afirmación⁷¹.

Rudolf Stammler trabajó con la teoría kantiana de las formas jurídicas. Concibió que existe una forma pura o concepto *a priori* del Derecho, según el cual se le piensa antes de toda experiencia. Lo que buscó construir Stammler es una ciencia del Derecho donde la justicia se fundamentara en las formas que posee el jurista antes de toda experiencia y en la elaboración de un sistema a partir de esas formas sin contacto con la realidad histórica. Con el planteamiento de Stammler, el Derecho comienza a concebirse como aquellas formas jurídicas que, fuera de la experiencia, pueden declarar lo justo y lo verdadero⁷². En este punto se desdibujan cuáles son los aspectos *a priori* del Derecho. Ciertamente Kant reconoció la facultad *a priori* de percibir lo justo y lo injusto, pero Stammler redujo la justicia al

⁷⁰ Cfr. Alejandro Cerda García. "Construyendo nuevas formas de ciudadanía. Resistencia zapatista en la región Altos de Chiapas", en B. Boronet, M. Mora y R. Stahler-Sholk (Coords) *Luchas "muy otras" Zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*. México: UAM México: UAM-X, CIESAS, UNACH, 2011, p. 117.

⁷¹ La selección de los planteamientos filosóficos que se tratan en este punto no comprende muchas aportaciones valiosas al estudio del Racionalismo jurídico, la selección tiene por objetivo no alargar indebidamente este trabajo y desviar la atención del tema que nos interesa: La reducción de la justicia a la ley.

⁷² Cfr. Villoro Toranzo. *Op.cit.*, pp. 401-402.

plano lógico de la ordenación⁷³.

Kelsen aportará al formalismo jurídico la concepción de un Derecho como ciencia pura que se separe definitivamente de otros datos proporcionados por la realidad. Villoro Toranzo indica que Kelsen coloca al Derecho en el mundo del ser al concebir que el deber ser es sólo una modalidad de las relaciones causales de la naturaleza⁷⁴. Kelsen adopta el concepto de leyes naturales de Hermann von Helmholtz, para quien el principio de causalidad, que para Kant era el distintivo de las leyes del reino del ser, ya no significa una inevitable necesidad sino un grado muy alto de probabilidad⁷⁵. Para Kelsen el único Derecho es el Derecho positivo que se conforma según un procedimiento legislativo previamente concebido y regulado por una racionalidad que ya no es observadora sino creadora de la realidad⁷⁶. A partir del planteamiento lógico-formal de Kelsen se concibe que la coacción sea la característica fundamental del Derecho, como consecuencia las prácticas jurídicas se entiendan en términos de imposición y de fuerza⁷⁷.

El positivismo jurídico de Stammler y Kelsen condujeron a la conformación de una racionalidad jurídica que redujo la justicia a la ley y la ley al formalismo que se desentiende de los datos de la realidad. Los excesos del pensamiento racionalista separan al Derecho de la experiencia vital del ser humano. El racionalismo consolidó los mecanismos de poder para el cumplimiento de la ley y desestimó la presencia de exigencias de justicia, que no pueden ser reducidas a una norma general, abstracta e impersonal. Gustavo Zagrebelsky señala lo siguiente: “No podemos estar satisfechos con esta reducción, en ninguna de sus formas. Sobre todo porque identificar la justicia con la legalidad significa transferir a la ley nuestras interrogantes sobre la justicia. Con mucha frecuencia la legalidad tiene poco o nada que ver con la justicia”⁷⁸.

En el momento en que la exigencia de justicia se reduce a obedecer la ley como criterio formal de la justicia, se niega la libertad del hombre y esto solo puede ser del agrado de planificadores sociales que, de acuerdo con razones científicas o una voluntad arbitraria, quieren concebir al ser humano como un medio para el cumplimiento de la ley⁷⁹.

⁷³ Cfr. *Ibid.*, p. 405.

⁷⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 416.

⁷⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 417.

⁷⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 417-418.

⁷⁷ Cfr. *Loc. cit.*

⁷⁸ Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini. *La exigencia de justicia*. Madrid: Trotta, 2006, p. 29.

⁷⁹ Cfr. *Ibid.*, pp. 30-31.

En la administración de justicia es donde la confusión entre justicia y legalidad revela las consecuencias negativas de esa comprensión reduccionista. La sujeción del juez a la ley como concepto jurídico fundamental es uno de los principios básicos de las constituciones del modelo continental europeo; un principio que expresa sintéticamente el intento de separar el Derecho y la justicia y de conseguir la autonomía de ambos conceptos en la vida social.

Las bases filosóficas del racionalismo permiten comprender mejor por qué las prácticas judiciales son modalidades del ejercicio del poder. El formalismo jurídico ha provocado que el Derecho se distancie radicalmente de las condiciones sociales, culturales y económicas de la realidad. El orden jurídico racionalista vincula a los seres humanos a formas jurídicas que son meros mecanismos de poder. En los procedimientos judiciales el juez se limita a declarar una verdad conforme a los intereses particulares mejor argumentados. Los fallos judiciales terminan por ver en el ser humano un medio y no un fin en muchas ocasiones.

En síntesis, el Derecho moderno es un conjunto de prácticas, principios, hábitos e instituciones que han organizado nuestra convivencia social a través de una tradición con elementos valiosos. Sin embargo, las exigencias actuales de justicia han puesto de manifiesto que los sistemas jurídicos del modelo continental europeo están en crisis. La ley se ha convertido en un enunciado normativo poco efectivo ante los problemas de la realidad y ha terminado por servir como un mecanismo de poder coercitivo para declarar no pocas veces como verdad jurídica la arbitrariedad económica y política.

Diferentes juristas de Europa y Latinoamérica han analizado los diferentes síntomas de la crisis del Derecho. Algunos indicios de esta situación son la producción legislativa desproporcionada, un aparato burocrático con prácticas abusivas del poder y la conformación de una teoría jurídica insuficiente. Las señales de la crisis del Derecho conducen a preguntarse acerca de las causas de este fenómeno. Aquí se ha propuesto, por lo mismo, analizar este problema como resultado de la descomposición de las bases del proyecto ético-jurídico de la modernidad en tres aspectos: la institución del Derecho como una manera reglamentada de hacer la guerra, la conformación del sujeto individualista y el criterio de justicia del racionalismo jurídico.

Con el estudio de la genealogía del poder de Foucault se ha podido también argumentar que la defensa del propio derecho está inmersa en una lógica de guerra; que los procedimientos judiciales en el sistema continental europeo conforman un frente de batalla protagonizado por sujetos que tienden a

concebir sus derechos de forma individualista. El Derecho se conforma por prácticas donde la justicia se persigue por medio de una lucha que tiene sus propias reglas.

Por último, se ha dicho que el criterio formal de justicia fue conformándose en el racionalismo jurídico como un modo de determinar lo justo que niega la presencia de contenidos en las relaciones humanas. La reducción de la justicia a la ley ha promovido una administración de justicia donde las personas son concebidas como medios dentro de los procedimientos; donde el juez se limita a la declaración e imposición de la verdad jurídica a través de un cierto ejercicio de poder.

Ante la crisis del Derecho aquí descrita, se impone, pues, al pensamiento la necesidad de continuar la meditación sobre la justicia.

Capitulo2.- La reflexión sobre la justicia restaurativa

2.1.-Las prácticas restaurativas

La incapacidad de respuesta del Derecho puede conducir a una postura de resignación e indiferencia, pero también hay quienes optan por cuestionar al proyecto moderno y seguir reflexionando sobre lo justo. La posición que se toma en este trabajo es de análisis, crítica y propuesta. De aquí que se invite a revisar por qué las prácticas de justicia predominantes en la modernidad son insuficientes y se asuma una actitud de esperanza para la búsqueda de otro paradigma que responda a la injusticia.

En este segundo capítulo el primer paso que se propone para pensar la pregunta por la justicia es recordar cómo la reflexión filosófica se ha enfocado en pesar los criterios de medida de las realidades que deben ser igualadas o armonizadas. La justicia retributiva y distributiva son las dos concepciones dominantes que la teoría jurídica ha desarrollado. La reflexión sobre la justicia distributiva busca responder a la pregunta de cómo distribuir los bienes de forma adecuada. Por otro lado, la justicia retributiva tiene como función distribuir sanciones y beneficios, es una proyección del contrapeso y el trueque⁸⁰. Esta concepción de la justicia no busca la construcción de una sociedad donde sus miembros tengan acceso a condiciones necesarias para su desarrollo, sino solamente el restablecimiento del orden mediante la imposición de una obligación en el orden civil, y de un castigo en los casos penales. La comprensión teórica de la justicia retributiva y distributiva ha conformado también instituciones y principios fundamentales en la organización del Estado.

En este capítulo el siguiente paso es comenzar a reflexionar acerca de la justicia a partir de las prácticas donde las personas tienen una experiencia. El cuestionamiento sobre formas de convivencia más justa no necesariamente tiene que partir del estudio teórico sobre los criterios de justicia retributiva o distributiva como lo ha venido desarrollando la filosofía jurídica, puede también hacerlo desde el estudio de lo que sucede al interior de las prácticas que se realizan para determinar lo justo.

Al llegar a este punto del análisis es importante cuestionar cómo los mecanismos de solución de desavenencias en el ámbito jurídico se caracterizan, como ya se explicó, por ser una forma de guerra institucionalizada. El Derecho aborda los conflictos generalmente a través del paradigma retributivo. La comprensión retributiva de los conflictos tiene las siguientes premisas: el daño debe ser reparado,

⁸⁰ Cfr. Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini. *Op.cit.*, p. 36.

el culpable tiene que ser castigado, la justicia requiere que se inflija dolor, lo justo se consigue a través del proceso formalmente establecido y la ofensa es principalmente una transgresión a la ley⁸¹.

Conforme a los principios señalados, Howard Zehr, abogado penalista, advierte que la justicia se ve reducida en los procedimientos penales a un conflicto de intereses⁸². En el ámbito del Derecho penal, algunos especialistas han comenzado a denunciar que el paradigma retributivo se enfoca en imponer un castigo. No atiende las consecuencias de los daños ocasionados por el delito o en lo que experimentaron la víctima y el ofensor, se enfoca en el acto de la transgresión al Estado⁸³. En este sentido Zehr apunta lo siguiente: “Yo argumento que la fuente de muchas de nuestras fallas es el lente a través del cual vemos el crimen y la justicia, y este lente es una construcción particular de la realidad, un paradigma. No es el único paradigma posible”⁸⁴.

El abogado norteamericano mencionado desarrolló una investigación, en su obra *Cambiando de lente: Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, en la que expone que el modelo de justicia retributiva no ha sido históricamente la única forma de impartir justicia en Occidente⁸⁵. A partir del estudio que realizó se puede identificar que antes de la conformación del proyecto ético-jurídico de la modernidad los pueblos de la antigüedad tuvieron otras formas de entender y practicar la justicia⁸⁶. En el Estado moderno la justicia llegó a igualarse con la ley codificada, en el sentido de que era, interpretada y manejada por profesionales. La justicia, cada vez más, comenzó a medirse de acuerdo al proceso usado⁸⁷.

El estudio de prácticas de justicia en algunos pueblos aún no dominados por los principios e instituciones del Estado moderno demuestra la presencia de sistemas de justicia comunitaria. La justicia en estos pueblos era privada sólo en el sentido de que no era estatal. El daño causado y el procedimiento de justicia se situaban claramente en un contexto comunitario. Los perjuicios se veían a menudo de manera colectiva. Ante un daño ocasionado por una persona o un grupo de personas se concebía que no sólo se dañaba a los directamente perjudicados sino a toda la comunidad. En la

⁸¹ Cfr. Howard Zehr. *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia* Virginia: Herald Press, 1996, p. 63.

⁸² Cfr. *Ibid.*, p. 75.

⁸³ Cfr. *Ibid.*, p. 77.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 91.

⁸⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 95.

⁸⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 97.

⁸⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 118-119.

solución del conflicto se involucraban el agresor, la víctima y otros afectados. Distintos miembros podían ser llamados como testigos o incluso como participantes de los acuerdos⁸⁸.

Siguiendo la exposición de Zehr, se descubre que en el ámbito del derecho penal las necesidades de la víctima, el ofensor y otras personas afectadas por el delito empezaron a ser atendidas fuera de los procedimientos judiciales. Se comenzaron a construir mecanismos alternativos⁸⁹. A inicios de los años 70 surgieron prácticas que renovaron los conceptos de paz y justicia en Estados Unidos, Canadá y otras partes del mundo. Estos medios promovieron un nuevo enfoque para la solución de conflictos que se denominó justicia restaurativa⁹⁰. Para Zehr esto representa una experiencia distinta a la que ha prevalecido en los procedimientos del Estado moderno⁹¹. En este contexto, lo que se propone es revisar la propuesta de la justicia restaurativa, como una alternativa ante la crisis del Derecho.

Los elementos básicos de la justicia restaurativa se encuentran en la tradición judeocristiana. La justicia bíblica proporciona un modelo restaurativo para transformar la justicia actual que proviene del 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, supone compromisos mutuos⁹².

La ONU se pronunció a favor de la justicia restaurativa en la Resolución Núm. 2002/12 (y su anexo: Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal), del 24 de julio de 2002 del Consejo Económico y Social, en donde el proceso restaurativo se definió así: “Cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y cuando es adecuado cualquier otro individuo o miembros de la comunidad afectados por un crimen, participan en conjunto activamente en la resolución de asuntos derivados del crimen, generalmente con ayuda de un facilitador”⁹³. El Manual sobre Programas de Justicia restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas indica que el paradigma restaurativo es una respuesta a la frustración ocasionada muchas ocasiones dentro del sistema de justicia formal. La justicia restaurativa referida al sistema de justicia penal es definida por las Naciones Unidas como una respuesta evolucionada al crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona,

⁸⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 98-99.

⁸⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 123.

⁹⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 153-155.

⁹¹ Cfr. *Ibid.*, p. 166.

⁹² Cfr. *Ibid.*, p. 127.

⁹³ Resolución Núm. 2002/12, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal.

construye comprensión y promueve armonía social a través de la “sanación” de la víctima, el infractor y la comunidad⁹⁴.

La justicia restaurativa es un proceso en el que las partes implicadas en un delito colaboran en determinar las formas en que habrán de manejarse las consecuencias e implicaciones del daño ocasionado⁹⁵. Es una nueva manera de concebir la justicia que recupera mediante diversas prácticas de solución de conflictos la importancia de promover la armonía social y la sanación de las víctimas, los ofensores y la comunidad. El postulado fundamental de la justicia restaurativa es que una transgresión a la norma jurídica perjudica a las personas y sus relaciones, quienes necesitan una sanación a través de un proceso de colaboración, el cual involucra a todos los afectados⁹⁶.

Virginia Domingo indica que la justicia restaurativa no es un concepto nuevo, sino el conjunto de prácticas de solución de conflictos que ya realizaban algunos pueblos indios de América antes del establecimiento del Estado moderno. Algunas prácticas restaurativas están basadas en las tradiciones de pueblos nativos de EEUU, Canadá y Australia. También en algunas religiones existen referencias directas o indirectas a esta justicia reparadora⁹⁷. La abogada penalista mencionada enfatiza lo siguiente:

La Justicia Restaurativa en sentido amplio y cultural, es una filosofía que busca transformar las bases de la injusticia y construir paz, y por supuesto no se limita exclusivamente al ámbito jurídico-penal. Con esta visión de la Justicia Restaurativa, se trataría de ver y conocer las causas del conflicto y las consecuencias de estos hechos dañosos para promover la curación y recuperación de todos los implicados en el hecho no sólo los directamente afectados sino también los indirectamente. Se basa en el dialogo y cooperación de todos (incluida la comunidad) para construir una sociedad más madura, justa y responsable se actúa en diferentes escenarios: lugar de trabajo, vecindario, colegios...no sólo en el sistema de justicia penal. La Justicia restaurativa en esta dimensión es cultura que educa previniendo las conductas violentas y enseña los beneficios del diálogo y acuerdo⁹⁸.

Según se ha citado la justicia restaurativa promueve una convivencia más justa donde se recupere la importancia de la comunidad. En las prácticas restaurativas que atienden las consecuencias de un

⁹⁴ Cfr. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

⁹⁵ Cfr. Zehr. *Op.cit.*, p.175.

⁹⁶ Cfr. *Ibid...*, p. 180.

⁹⁷ Cfr. Virginia Domingo de la Fuente. “La justicia restaurativa en sus orígenes” en *Justicia Restaurativa*, 12 de mayo de 2015,(consultado el 12 VI 2016) Disponible en : blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2015/05/la-justicia-restaurativa-en-sus.html#more

⁹⁸ Virginia Domingo de la Fuente.” Un primer acercamiento a la Justicia Restaurativa” en Virginia Domingo. *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el Derecho perdido*. Madrid: Sociedad Criminológica Balear, 2012, pp. 4-5.

crimen, el término comunidad hace referencia a todas las personas que se encuentran vinculadas por los efectos del delito por motivos familiares, económicos, sociales o culturales. Es decir, la comunidad se compone de aquellos con quienes se comparte las consecuencias del daño. Sin embargo, Howard Zehr advierte lo siguiente: “*Comunidad* es un término alusivo, a menudo abusado. Entonces, ¿qué significa y cómo puede hacerse real en un enfoque restaurativo?”⁹⁹. Resulta oportuno hacer notar que en el contexto moderno definir qué se entiende por comunidad en las prácticas restaurativas es un trabajo conceptual que requiere mayor desarrollo.

El desarrollo teórico de la justicia restaurativa en el siglo XX fue el resultado de diferentes investigaciones sobre criminología. La justicia restaurativa, en su dimensión estricta, referida al orden penal significa: “una respuesta al delito que se centra primordialmente en que el crimen causa daños a las personas. Insiste en que la justicia debe propiciar que se reparen esos daños y en que las partes deben participar en el proceso. Lo fundamental es un sentido de inclusión, que hace que los afectados por el delito se mantengan al frente de la toma de decisiones”¹⁰⁰.

Es importante hacer la distinción entre mediación, mediación penal y justicia restaurativa. La mediación es un procedimiento que busca que dos partes con intereses opuestos se sometan con el apoyo de una persona llamada mediador a buscar una solución. La mediación penal pretende generar un espacio de diálogo donde se dé la oportunidad al infractor de responsabilizarse de su conducta y se ofrezca a la víctima una reparación adecuada a sus necesidades. En cambio, la justicia restaurativa es una nueva comprensión de la justicia que fomenta la humanización de la misma¹⁰¹. No es sólo un nuevo procedimiento para responder a la delincuencia. Sin embargo, dentro del orden penal es donde la reflexión sobre el enfoque restaurativo se ha desarrollado ampliamente.

En síntesis, se afirma que diferentes situaciones de injusticia imponen al pensamiento la necesidad de continuar la reflexión sobre la justicia. Para realizar esta tarea se propone en primer lugar ubicar las concepciones que la teoría jurídica ha desarrollado para determinar criterios de justicia. Es importante identificar que la comprensión teórica de la justicia retributiva y distributiva ha conformado instituciones y principios que rigen el funcionamiento del Estado. La administración de justicia ha conformado un paradigma que se sostiene en un determinado tipo de prácticas. Por lo anterior, el

⁹⁹ Zehr. *Op.cit.*, p. 212.

¹⁰⁰ Virginia Domingo. “Un primer acercamiento a...”, p. 4.

¹⁰¹ *Cfr.* Virginia Domingo de la Fuente. “Mediación, mediación penal y Justicia Restaurativa” en *Justicia Restaurativa*, 10 de junio de 2015, (Consultado el 12 VI 2016). Disponible en: blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.es/2015/06/acerca-de-la-mediación-mediacion-penal.html#more

siguiente paso que se sugiere es comenzar a reflexionar sobre la justicia a partir de las prácticas donde se tiene una experiencia sobre lo justo. Si se parte de las prácticas del Estado se reconoce que el paradigma retributivo fue dominante. Sin embargo, no es el único posible. Por esta razón la justicia restaurativa se presenta como una alternativa para reflexionar y atender aspectos olvidados en el proyecto ético-jurídico de la modernidad.

El desarrollo que han alcanzado las prácticas restaurativas en el ámbito penal demuestra que otra justicia es posible y que hay un paradigma que puede modificar la forma de reflexionar sobre la justicia. Por lo anterior, a continuación, se propone un análisis que contrasta la impartición de justicia penal del Estado y las prácticas restaurativas.

2.2.- El contraste entre la justicia restaurativa y la justicia penal del Estado

Las prácticas de justicia restaurativa se diferencian de la manera en que el Estado concibe los conflictos en tres aspectos principales: la comprensión de los hechos, la participación de los involucrados (víctima, ofensor y comunidad) y los mecanismos de respuesta ante la conducta que ocasiona el conflicto.

2.2.1.-La comprensión de los hechos

Michel Foucault, como ya se mencionó anteriormente, señala que las prácticas judiciales hacia el siglo XII en Europa fueron modificando el drama jurídico que se desarrollaba entre dos individuos: víctima y acusado. A partir del momento en que el soberano, o su representante, el procurador dicen: “Yo también he sido lesionado por el daño”, resulta que el daño no es solamente una ofensa de un individuo a otro, sino una ofensa al Estado; un ataque, no al individuo, sino a la ley que es expresión de un poder soberano. Para Foucault, la infracción muestra cómo el poder estatal fue confiscando el procedimiento judicial¹⁰². La infracción opone un individuo al cuerpo social entero; el delito otorga a la sociedad el derecho de castigar. La impartición de justicia en el Estado moderno se fue gestando como un procedimiento a través del cual el poder soberano redujo los hechos delictivos a categorías jurídicas que describían un acto lesivo contra el Estado. Los hechos delictivos dejaron de ser considerados como acontecimientos que dañan a las personas y las relaciones. El delito es una conducta anormal, violenta y transgresora del orden. En consecuencia, el aparato de justicia debe ir unido a un órgano de vigilancia

¹⁰² Cfr. Michel Foucault. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1978, pp. 79-80.

que esté coordinado con él y que permita impedir los delitos, o bien, de haber sido conocidos, detener a sus autores¹⁰³. Policía y justicia son parte de un mismo proceso que tiene como pretensión mantener la normalidad, es decir, el ajustamiento a lo prescrito por la norma¹⁰⁴. La justicia llegó a igualarse con la ley codificada, en el sentido de que su interpretación y manejo recaía en los expertos del Derecho¹⁰⁵.

De manera distinta, la justicia restaurativa resignifica los hechos delictivos para concebirlos como una violación al ser humano. El delito no es sólo el incumplimiento de una norma, es una profanación a las creencias y al espacio privado de la persona. El crimen altera en la persona la creencia de que el mundo es un lugar con orden y significado¹⁰⁶.

El enfoque restaurativo concibe que la mayoría de las personas asumen que pueden ordenar, entender y predecir el mundo conforme a ciertas leyes naturales y reglas de convivencia. El crimen altera ese sentido de orden y significado. Consecuentemente, las víctimas del crimen, quieren respuestas: ¿Qué pasó? ¿Por qué me pasó esto a mí? ¿Qué pude haber hecho yo para prevenirlo? Las respuestas a éstas y otras preguntas son la forma en que la justicia restaurativa recupera los hechos para iniciar un proceso de sanación en las víctimas¹⁰⁷. Se pretende ofrecer respuestas a las preguntas de quienes han padecido la injusticia para que restauren su sentido del mundo¹⁰⁸. En este paradigma la experiencia de justicia implica una sanación, por eso Howard Zehr indica lo siguiente: “¿Cómo debemos imaginar la justicia? La diosa de ojos vendados con balanza en mano simboliza bien la naturaleza impersonal y sistemática del paradigma contemporáneo. ¿Cuál es nuestra alternativa? Una posibilidad es imaginar la justicia como la sanación de una herida”¹⁰⁹.

Con referencia a lo anterior se puede afirmar que las personas en las prácticas restaurativas tienen la oportunidad de expresar necesidades vitales. Su actitud no es pasiva. La víctima y el ofensor no son tratados como sujetos sobre los que sólo recaen los efectos de la norma. A continuación, se desarrollará un poco más este punto.

2.2.2.-La participación de la víctima, el ofensor y la comunidad

¹⁰³ Cfr. *Ibid.*, p. 111.

¹⁰⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 113.

¹⁰⁵ Cfr. Zehr. *Op.cit.*, p. 119.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 24.

¹⁰⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 25-27.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 28-29.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 182-183.

La justicia penal de carácter retributivo considera el delito como un problema entre el Estado y el infractor, sin que la víctima, su familia y otros interesados puedan participar en la solución del conflicto generado con el delito. En la impartición de justicia del Estado moderno la víctima ocupa un lugar periférico y enajenado en el procedimiento,¹¹⁰ es decir, se limita a la exposición de los argumentos racionales que se presentan al juez.

Por su parte, el paradigma restaurativo genera condiciones para que los protagonistas del conflicto tengan la capacidad de crear su propia respuesta al delito y retira al Estado el monopolio de determinar, declarar e imponer mediante la coerción el derecho. La premisa de la que parte la participación de la víctima, el ofensor y la comunidad es proporcionar la oportunidad a la víctima y al agresor de reintegrarse a la comunidad con una comprensión distinta del hecho delictivo. Víctima y ofensor son asumidos por la comunidad como dos protagonistas del acontecimiento criminal que necesitaran ayuda en su esfuerzo por reintegrarse de nuevo en la sociedad como un miembro más. El ofensor necesitará ayuda para cambiar su comportamiento y aceptar que la reparación es una prestación socialmente constructiva. La víctima necesitará asistencia para recuperarse de una experiencia muchas veces traumática¹¹¹.

El Estado moderno imparte justicia causando un daño al ofensor para compensar el daño ocasionado a la víctima. La sanción es la reacción del Estado contra el ofensor. En la aplicación de la ley se margina a la comunidad y a las víctimas se les ubica abstractamente en el Estado¹¹². En contraste, el enfoque restaurativo reconoce la importancia de la experiencia de la víctima, el ofensor y la comunidad para reconstruir los hechos mediante una narrativa común. Esto significa conformar una narración a partir de un intercambio de información, el hecho delictivo se comprende desde diferentes historias sobre lo que paso. En esta comprensión de los hechos las víctimas pueden encontrar respuestas a algunas preguntas, por qué sucedió y quién lo hizo¹¹³.

¹¹⁰ Cfr. Renato Sócrates Gómez Pinto, "¿Justicia restaurativa é Possível no Brasil?", en Catherine Slakmon(Coord), *Justicia Restaurativa : Colección de Artículos*. Brasilia: Ministerio de Justicia, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2005, pp. 26-27 (consultado el 8 VI 2016). Disponible en Internet: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>

¹¹¹ Cfr. Virginia Domingo de la Fuente. "¿Qué es la Justicia restaurativa?" en *Justicia Restaurativa*, 2 de julio de 2012 (consultado el 9 VI 2016). Disponible en: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2012/07/que-es-la-justicia-restaurativa.html>

¹¹² Cfr. Zehr.*Op.cit.*, p.118.

¹¹³ Cfr. *Ibid.*, p. 197.

A través del diálogo, en los mecanismos restaurativos la víctima, el ofensor y la comunidad tienen la oportunidad de interactuar y conocer directamente sus necesidades. El enfoque restaurativo busca que las personas no se conciben como adversarios en un proceso normativo legal. Su propuesta es abordar el conflicto desde una visión analítica de las causas, de la prevención y de la reparación directa o indirecta.

La impartición de justicia penal del Estado impone categorías de víctima e infractor a las personas que tienen un carácter imborrable durante el procedimiento y aún después de él. En el caso del ofensor se le estigmatiza como infractor y se le separa de la comunidad. La justicia del Estado proporciona pocos espacios para la responsabilidad voluntaria y los pocos que hay pueden ser considerados una vía para conseguir beneficios jurídicos¹¹⁴. El agresor es designado como el enemigo de todos y que todos tienen interés en perseguir; cae fuera del pacto, se descalifica como ciudadano, aparece como el malvado y el anormal. Pasa de ser sujeto a objeto de un tratamiento científico¹¹⁵. Después de cumplir su condena en muchas ocasiones el ofensor continúa siendo el infractor para la sociedad.

Por otra parte, a la víctima no se le ofrece un espacio vital para que pueda expresar lo que le aconteció. La indagación judicial a la que se somete al ofendido tiene el único objetivo de conseguir que el ofensor pueda ser castigado. Para Virginia Domingo, la declaración de la víctima sólo es un medio que utiliza el Estado para poder imponer el castigo al infractor¹¹⁶.

En un proceso restaurativo se pretende ofrecer a la víctima y al ofensor la posibilidad de participar en un espacio de diálogo y conformación de acuerdos que no los encierre de forma definitiva en categorías o estigmas que impidan que recupere su vida social. Se busca generar mecanismos que permitan que al ofensor no se le estigmatice como delincuente, sin posibilidad de reinserción en la sociedad. El acompañamiento de los facilitadores del procedimiento pretende que éste asuma que, ante la comisión del delito, lo lógico y humano es intentar compensar y mitigar el daño. Un objetivo de las prácticas restaurativas es que el ofensor pueda incorporarse de nuevo a la sociedad sin la carga de lo que hizo¹¹⁷. Por su parte, a la víctima se le otorga un poder de decisión. Ya no es un instrumento del proceso, sino el centro de atención de la justicia. La prioridad es que obtenga

¹¹⁴ Cfr. Virginia Domingo de la Fuente. "Las personas son algo más que aquello que hicieron en el pasado" en *Justicia Restaurativa*, 18 de diciembre de 2014, (consultado el 9 VI 2016) Disponible en Internet: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2014/12/las-personas-son-algo-mas-que-aquello.html>

¹¹⁵ Cfr. Foucault, Vigilar y castigar. *Op.cit.*, p. 117.

¹¹⁶ Cfr. Virginia Domingo, "Las personas son algo..." <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2014/12/las-personas-son-algo-mas-que-aquello.html>

¹¹⁷ Cfr. *Loc.cit.*

una reparación del daño adecuada a sus necesidades, que le permita empezar una sanación del delito. Esto favorece que ya no se asuma como víctima sino como sobreviviente, lo que significa que se reconoce como un ser humano herido, pero con la oportunidad de recuperar la seguridad y el sentido de vida a partir de una comprensión distinta del hecho delictivo. Por otro lado, la comunidad también necesita sanar a través de su participación. El crimen afecta el sentido de integridad de la comunidad y esa lesión necesita ser atendida¹¹⁸. El paradigma restaurativo parte del supuesto de que el delito es un problema comunitario, en el sentido de que surge al interior de una comunidad y de que desde ahí han de buscarse los mecanismos de reparación del daño causado. En un proceso de justicia restaurativa la participación de la víctima y el ofensor debe ir en la medida de lo posible acompañada de la intervención de la comunidad para ayudar a reconstruir el tejido social. La comunidad puede y debe involucrarse en la prevención del delito, en el tratamiento del mismo y en la reintegración social del ofensor y las víctimas¹¹⁹.

Después de las consideraciones anteriores, es posible entender por qué los participantes pueden acordar cierto tipo de mecanismos de restitución y reparación. A continuación se explicará con mayor detalle la diferencia entre los medios de solución que impone el Estado y los que promueve la justicia restaurativa.

2.2.3.-Los mecanismos de respuesta ante la conducta que ocasiona el conflicto

El castigo es el instrumento que usa el Estado para sancionar las conductas contrarias al orden jurídico. En la teoría jurídica el derecho penal se rige por el principio de intervención mínima, lo cual significa que la aplicación de sus normas debe aplicarse sólo como última alternativa ante un conflicto. Lamentablemente tiende a suceder lo contrario, ante una diferencia de intereses los individuos en el Estado recurren indiscriminadamente al poder punitivo del Estado.

Foucault indica que el castigo penal es una función generalizada, coextensiva al cuerpo social y a cada uno de sus elementos. En el Estado moderno la función de castigar se fue conformando como un ejercicio de poder legítimo para defender a la sociedad de aquellos que violaban la norma¹²⁰. El

¹¹⁸ Cfr. Zehr. *Op.cit.*, p. 182.

¹¹⁹ Cfr. José Luis Segobia Bernabe y Julián Ríos Martín. "Diálogo, justicia restaurativa y mediación "en Documentación Social. Madrid: Caritas Española, Número 148,2008, p. 94, (consultado 9 VI 2016) Disponible en: <http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/927/06%20DI%20C3%81LOGO,%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA%20Y%20MEDIACI%20C3%93N.pdf>

¹²⁰ Cfr. Foucault, Vigilar y castigar. *Op.cit.*, p. 103.

principio de la moderación apela a que la sanción no puede desconocer la humanidad del infractor¹²¹. Corresponde a una racionalidad “económica” que debe proporcionar la pena y prescribir sus técnicas afinadas¹²². La razón de que la ley deba tratar con humanidad al infractor de la norma no se encuentra en el reconocimiento de la condición humana del delincuente sino en la regulación de los efectos de poder¹²³. Si el Estado fundamentara la suavidad de la pena en la humanidad del criminal, entonces éste y la víctima serían atendidos durante el procedimiento en sus necesidades. Michel Foucault señala que el poder de castigar del Estado se conformó de seis reglas mayores: regla de la cantidad mínima, de la idealidad suficiente, de los efectos laterales, de la certidumbre absoluta, de la verdad común y de la especificación óptima¹²⁴.

La regla de la cantidad mínima indica que el crimen se comete porque procura una ventaja. El castigo es el mecanismo que el poder penal utiliza para mostrar al delincuente que es preferible evitar el dolor de la pena que la posible ventaja que le pueda significar cometer el delito. La forma antigua, en la que el suplicio debía ser equivalente al delito en intensidad, con un suplemento que marcaba el poder del soberano, es sustituido por una cuasiequivalencia en el pacto de los intereses: un poco más de interés en evitar la pena que en arriesgar el delito¹²⁵.

La regla de la idealidad suficiente señala que la eficacia de la pena sobre el delincuente no se encuentra en la sensación de sufrimiento a la que responde el infractor cuando se ejerce dolor sobre su cuerpo, sino en la idea de la pena. El castigo no tiene que emplear el cuerpo sino la representación. El cuerpo se utiliza en la medida en que es el objeto de una representación. No será el dolor en sí mismo el instrumento de la técnica punitiva, lo que debe llevarse al máximo es la representación de la pena, no su realidad corporal¹²⁶.

La regla de los efectos laterales sostiene que la pena debe tener sus efectos más intensos en aquellos que no han cometido la falta. El efecto de representación que tiene la pena sobre los demás miembros de la sociedad permite que la conducta no se reproduzca. Los individuos de una sociedad que reciben la impresión de las consecuencias sobre el culpable se mantienen disciplinados al poder del Estado¹²⁷.

¹²¹ *Cfr. Ibid.*, p. 105.

¹²² *Cfr. Ibid.*, p. 106.

¹²³ *Cfr. Loc.cit.*

¹²⁴ *Cfr. Ibid.*, pp. 108-113.

¹²⁵ *Cfr. Ibid.*, p. 108-109.

¹²⁶ *Cfr. Loc.cit.*

¹²⁷ *Cfr. Loc.cit.*

La certidumbre absoluta que persigue el proceso penal se consigue por medio de la claridad de las leyes que definen los delitos y las penas. El código penal tiene que contener normas claras para poder diferenciar entre una conducta criminal y una no prohibida por la ley. Es necesaria la certeza de una legislación escrita accesible a los miembros de la sociedad para mantener la estabilidad del pacto social¹²⁸.

Por último, la especificación óptima del sistema legal implica que todas las conductas consideradas como delitos y el castigo deben contenerse en un cuerpo normativo debidamente clasificado y ordenado para evitar que, en el silencio de la ley se pueda propiciar la impunidad¹²⁹.

Las reglas que conforman el proceso penal instituyeron un poder que limitaba el concepto de justicia a la retribución y el castigo. El proceso penal se redujo a tener como objetivos: la supresión de la conducta concebida como anormal, la separación del infractor de la sociedad y la intimidación al resto de la población para no cometer el mismo delito y satisfacer una necesidad de retribución más en favor del Estado que en respuesta a las necesidades de la víctima.

Por su parte, la justicia restaurativa es la oportunidad de concebir de manera distinta el conflicto social para propiciar la posible transformación de una situación de injusticia. Dentro de las prácticas restaurativas las reglas del poder punitivo del Estado son sustituidas por alternativas de solución por la vía de la cooperación de la víctima, el ofensor y la comunidad. Un procedimiento de justicia restaurativa no puede garantizar una recuperación total, pero busca proveer un contexto donde las personas afectadas por el delito se puedan sentir escuchadas y atendidas en sus necesidades y no como objetos expuestos al poder punitivo del Estado. El objetivo de la justicia restaurativa no es el perdón, porque se entiende que no se puede presionar o coaccionar a las personas para otorgarlo; sin embargo, un proceso restaurativo facilita condiciones de encuentro entre víctima y ofensor que puedan provocar la reconciliación¹³⁰. El enfoque restaurativo diversifica, individualiza y adecua las respuestas de la justicia, en función de las características y situación del ofensor. La pena de prisión, que es la más común por parte del Estado, es concebida como último recurso¹³¹.

¹²⁸ *Cfr. Ibid., p. 110.*

¹²⁹ *Cfr. Ibid., p. 113.*

¹³⁰ *Cfr. Zehr. Op.cit., pp. 180-181.*

¹³¹ *Cfr. Victor Herrero Escrich. "Algunas reflexiones sobre el enfoque restaurativo en la justicia de jóvenes" en Virginia Domingo. Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el Derecho perdido. Madrid: Sociedad Criminológica Balear, 2012, p. 90.*

La justicia del Estado indaga en la culpabilidad del infractor concentrándose en el pasado para demostrar la adecuación de la conducta del infractor a la norma penal y poder imponerle el castigo. Por su parte la justicia restaurativa se enfoca en encontrar medios para reparar el daño provocado y facilitar un proceso de sanación¹³².

En síntesis, se puede señalar que el paradigma retributivo y el restaurativo tienen una forma diferente de abordar el conflicto. El enfoque restaurativo entiende el delito como un acto contra la persona y las relaciones humanas, mientras que el Estado se concentra en la infracción a la norma. Por otra parte, en las prácticas restaurativas la víctima, el ofensor y la comunidad tienen la posibilidad de participar en la solución del conflicto y superan la posición de adversarios que establecen los procedimientos del Estado. También la justicia restaurativa adecua las respuestas de la justicia atendiendo a la particularidad del conflicto y no considera el castigo como la principal respuesta al crimen.

Una vez expuestas las diferencias entre la justicia restaurativa y la justicia penal del Estado, es posible desarrollar las características propias del enfoque restaurativo.

2.3.-Los pilares de la justicia restaurativa

La justicia restaurativa tiene tres pilares que ofrecen la posibilidad de explorar una práctica distinta de lo justo para abordar los conflictos: la conformación de un espacio de diálogo, la reinención de los sujetos involucrados, el ritual y el símbolo en la experiencia restauradora.

2.3.1.-La conformación de un espacio de diálogo

La palabra es un atributo de los seres humanos relevante en los procesos de impartición de justicia. El paradigma restaurativo reconoce que en un conflicto es vital para los involucrados la necesidad de ser escuchados y participar en la toma de decisiones. Las prácticas restaurativas recuperan que el diálogo es fundamental para que la víctima y el ofensor sanen las heridas ocasionadas por la injusticia. El paradigma restaurativo recupera el potencial del diálogo y el encuentro personal como un medio para

¹³² Cfr. Zehr. *Op.cit.*, p. 180.

construir acuerdos que cubran las exigencias de los involucrados¹³³. Su propuesta es enfocarse en que los implicados desarrollen la capacidad de escuchar en vez de usar la fuerza, que puedan crear acuerdos que fomenten la compensación en vez de represalias y anima a los participantes a una nueva actitud ética que busca la reconstrucción del tejido social¹³⁴. José Luis Segovia Bernabe sostiene lo siguiente:

La Justicia Restaurativa apela a lo mejor de las partes y juega con ello a favor de una resolución que acaba siendo realmente sanante, no sólo para los intereses enfrentados sino para la colectividad entera. La Justicia Restaurativa constituye, en definitiva, una apuesta por una forma no vertical de resolver problemas, superador del modelo consistente en que alguien investido de autoridad formal decide por los demás lo que éstos precisan. De ahí que sea muy oportuno devolver a los afectados al menos parte de la responsabilidad en la solución del conflicto. La verticalidad, sobre todo, si es solipsista y autosuficiente y renuncia a ser ayudada por otras disciplinas sociales, criminológicas, etc.... está condenada a ser, a la postre, injusta. Consiste, por tanto, en un intento horizontal de “civilizar el derecho penal”¹³⁵.

El espacio de diálogo que propician las prácticas restaurativas necesariamente debe ser voluntario, no se puede imponer a las partes. La voluntad de los participantes es fundamental para que se pueda ahondar en el conflicto. El diálogo constituye un medio que evita el reduccionismo de los sujetos a objetos en el proceso de administración de justicia. El enfoque restaurativo presenta diferentes prácticas de diálogo que buscan conformar un espacio participativo donde las personas pueden aceptar al otro, reconocer sus faltas, llegar a consensos y posiblemente otorgar el perdón. De acuerdo con Howard Zehr, los modelos que tienden a predominar en la justicia restaurativa son los encuentros víctima-ofensor, las conferencias de grupos familiares y los círculos¹³⁶. A continuación, se describirá cada una de estas prácticas.

2.3.1.1.- Los encuentros víctima-ofensor

Los encuentros víctima-ofensor constituyen una de las primeras manifestaciones de la justicia restaurativa. En este procedimiento se entabla un diálogo voluntario con la participación de un

¹³³ Cfr. José Luis Segovia Bernabe. “Mediación penal comunitaria y justicia restaurativa “en Revista de ciencias y orientación familiar. Salamanca. Universidad Pontificia de Salamanca, Instituto Superior de Ciencias de la Familia, Número 41, 2010, p.42.

¹³⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 44.

¹³⁵ *Loc. cit.*

¹³⁶ Cfr. Zehr. *Op.cit.*, p. 267.

mediador en torno a un delito. La víctima le cuenta al ofensor su experiencia (sufrimiento, dolor), es decir, lo que le provocó el acto en el plano físico, emocional y, según el caso, financiero¹³⁷. El encuentro pone énfasis en tres elementos: los hechos, los sentimientos y los acuerdos¹³⁸. El ofensor, a su vez, narra su historia (muchas veces traumática), expone las razones de su conducta y admite su responsabilidad. En este procedimiento se pretende llegar a un acuerdo centrado en la reparación del daño, la restauración de los vínculos relacionales y la reincorporación social¹³⁹.

La víctima y el ofensor son apoyados durante el diálogo por un facilitador que actúa sobre los prejuicios de los participantes, les proporciona seguridad para sentirse actores y constructores dentro del proceso de solución del conflicto. Para establecer un diálogo entre víctima y ofensor primero se tienen que identificar y tratar de satisfacer las necesidades de los participantes. El punto de partida deben ser las necesidades de los lastimados. Las víctimas tienen una variedad de necesidades que deben ser atendidas. En muchos casos, las primeras necesidades son de apoyo y de un sentido de seguridad¹⁴⁰.

Las víctimas, en este espacio de diálogo demuestran su necesidad de contar su historia y expresar sus sentimientos sobre lo ocurrido. Necesitan que otros sufran con ellos, que lamenten con ellos el mal que se les ha hecho. En el transcurso del proceso, las víctimas requieren sentirse reivindicadas. Para las víctimas, experimentar el reconocimiento del ofensor y otros participantes de que lo que pasó estuvo mal y que no lo merecían es fundamental para la sanación personal¹⁴¹. Para Howard Zehr, el lenguaje de la honestidad, el lamento, la reivindicación, pueden ser duros e iracundos, en consecuencia, se debe aprender a escuchar y aceptar activamente, sólo entonces puede la gente salir adelante¹⁴².

Por su parte, los ofensores presentan otras necesidades que también deben ser atendidas durante el procedimiento. Necesitan en muchas ocasiones que la imagen distorsionada que la víctima tiene de ellos y de los hechos sean cuestionados. Por medio del diálogo se puede propiciar que los estereotipos y racionalizaciones que la víctima tiene sobre el ofensor se modifiquen. El espacio de intercambio de experiencias entre víctima y ofensor puede permitir que los rostros replacen los estereotipos. Los ofensores muchas veces necesitan apoyo emocional para aprender a canalizar su ira y frustración de

¹³⁷ Cfr. Cesar Barros Leal. *Justicia Restaurativa. Amanecer de una era. Aplicación en prisiones y centros de internación de menores infractores*. México: Porrúa, 2015, p. 40.

¹³⁸ Cfr. Zehr. *Op.cit.*, p. 155.

¹³⁹ Cfr. Barros. *Op.cit.*, p.40.

¹⁴⁰ Cfr. Zehr.*Op.cit.*, p. 187.

¹⁴¹ Cfr. *Ibid.*, p.185.

¹⁴² Cfr. *Loc. cit.*

formas más adecuadas. Probablemente necesitan ayuda para desarrollar una autoimagen sana y positiva. Generalmente tienen necesidad de aprender a trabajar sobre su sentimiento de culpa¹⁴³.

El encuentro víctima-ofensor conduce a los participantes a un proceso de sanación. La sanación para las víctimas no supone que olviden o minimicen la agresión. La propuesta es que los afectados puedan restablecer seguridad y control sobre su vida ante el miedo y la desconfianza que les suscitó la experiencia de injusticia cometida contra su persona. Al agresor se le debe motivar a cambiar actitudes y comportamientos¹⁴⁴.

2.3.1.2.- Las conferencias de grupos familiares

Las conferencias de grupos familiares atienden conflictos del ámbito criminal con ofensores juveniles y adultos. El espacio de diálogo que se conforma cuenta con la participación de la víctima, el ofensor, miembros de ambas familias, amigos o personas cercanas, quienes, con la intermediación de un facilitador, dialogan sobre el conflicto e intentan encontrar un acuerdo reparador¹⁴⁵.

Antes de efectuar la conferencia se realizan encuentros previos por separado con la víctima y el ofensor para preguntar acerca de las personas que deben participar en la conferencia para convocarla. En la reunión se da inicialmente la palabra a la víctima y al agresor (la secuencia puede ser inversa) y a los otros participantes (familiares y amigos) para que emitan sus comentarios sobre el impacto del hecho motivo del conflicto. A la víctima se le pregunta acerca de sus expectativas respecto del encuentro, su reparación y, en este último caso, los participantes se suman para acordar la mejor forma de concretarla¹⁴⁶.

2.3.1.3.- Los círculos restaurativos

Los círculos son espacios donde las personas voluntariamente se reúnen en busca de un acuerdo dialogado que restaure la relación deseada por un acto delictivo cometido por quien asume su responsabilidad. Son similares a las conferencias en el sentido de que incluyen a más participantes

¹⁴³ Cfr. *Ibid.*, p. 193.

¹⁴⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 180.

¹⁴⁵ Cfr. Barros Leal. *Op.cit.*, p. 33.

¹⁴⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 34.

además de la víctima primaria y el agresor, la diferencia es que aquí cualquier persona interesada en el caso puede participar¹⁴⁷.

El círculo cuenta con un líder o facilitador que plantea un tema u objeto para hablar. Cada participante tiene la oportunidad de intervenir según se acuerde. En estas prácticas se tiene la costumbre de usar un objeto al que se le denomina pieza o piedra de diálogo, cuyo movimiento en el sentido del reloj es dirigido por el líder, con el fin de indicar a qué persona le corresponde el uso de la palabra, cuando lo tenga en sus manos, para enunciar sus ideas y hacer comentarios con total libertad¹⁴⁸.

En la implementación de esta estrategia es importante capacitarse y comprender que existen diferentes tipos de círculos según el contexto y la situación, de tal forma que se pueden ubicar las siguientes modalidades:

Círculo de ayuda: son reuniones en que se discuten conflictos y se proponen formas de actuación. Su propuesta es definir un plan de reintegración del victimario que incluye el monitoreo constante de su comportamiento, persiguiéndose su seguridad y la de la comunidad, cuyos recursos deben estar disponibles para el éxito de la práctica. En los círculos se ofrece a las personas interesadas la oportunidad de expresar sus miedos, sus necesidades y expectativas¹⁴⁹.

Círculos de pacificación: estos mecanismos se utilizan en comunidades rurales y urbanas con índices elevados de exclusión social y pobreza para resolver conflictos ocasionados por infracciones a reglamentos municipales y conflictos derivados de la comisión de un delito. Estos procedimientos se utilizan con ancianos, mujeres, indígenas e indigentes, es decir, con grupos de intensa vulnerabilidad a la acción de diferentes ofensores. El trabajo que se desarrolla en los encuentros tiene por objetivo que el caso se resuelva por consenso de los participantes sin la necesidad de acudir a las autoridades judiciales¹⁵⁰.

Círculos de construcción de la paz: es un proceso que busca promover soluciones constructivas ante problemas que subyacen en una comunidad y que son la causa de la comisión de ciertos delitos, por ejemplo, se atienden problemas como la drogadicción y el pandillerismo¹⁵¹.

¹⁴⁷ *Cfr. Ibid., p. 36.*

¹⁴⁸ *Cfr. Ibid., pp. 36-37.*

¹⁴⁹ *Cfr. Ibid., p. 37.*

¹⁵⁰ *Cfr. Loc. cit.*

¹⁵¹ *Cfr. Loc. cit.*

Círculos de sentencia: es un proceso diseñado para desarrollar consenso entre miembros de la comunidad, víctima, defensores de la víctima, ofensor, policía y miembros de la fiscalía sobre un plan de sentencia apropiado que dirija las inquietudes de todos los interesados¹⁵².

2.3.1.4.- Las Comisiones de la Verdad y la Reconciliación

Las Comisiones de la Verdad y la Reconciliación (CVR) son organismos creados para investigar violaciones de los derechos humanos y de la ley humanitaria internacional durante un periodo de tiempo. Estas comisiones tienen una duración limitada, un objetivo específico y concluyen con un informe final y recomendaciones para cambios. Funcionan a través de diversas formas de organización y adoptan una amplia gama de procedimientos. No son tribunales ni organismos judiciales. Pueden publicar los nombres de los responsables de violaciones de derechos humanos, pero no les pueden procesar, juzgar ni sancionar.

En la década de los noventa, el ejemplo paradigmático de estas Comisiones se encuentra en la Comisión para la Verdad y la Reconciliación instaurada en Sudáfrica en diciembre de 1995, con el objetivo de romper la espiral de odio y violencia generada por la política del apartheid, abriendo de esta manera el camino de la convivencia política en un país lacerado. El fundamento moral de su trabajo fue, según el arzobispo anglicano Desmond Tutu (presidente de la Comisión) en su testimonio contenido en el volumen *No hay futuro sin perdón*, la apelación al espíritu africano tradicional del *ubuntu*, un término lleno de significado que aparece en el preámbulo de la Constitución provisional sudafricana de 1993 y que empieza a llamar la atención de juristas y antropólogos europeos. De acuerdo con las palabras de Desmond Tutu, el *ubuntu* se distingue de la idea europea de justicia orientada a la retribución o vinculada a la justicia del vencedor. La comprensión de la justicia africana se orienta más bien a la reconciliación, a la recíproca aceptación, al reconocimiento de la humanidad de la persona para hacerla resurgir¹⁵³.

La CVR en Sudáfrica conformó un espacio de encuentro entre víctimas y ofensores a través de audiencias públicas donde se escuchaba la historia de los miles de afectados por el régimen del apartheid en diversas violaciones a sus derechos humanos. Muchas víctimas y sus familias tenían una

¹⁵² Cfr. *Ibid.*, p. 38.

¹⁵³ Cfr. Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini. *Op. cit.*, p. 41.

deficiente formación básica y por eso se les ayudó a contar sus historias, que eran únicas. Además, al relatar detalles de sus sufrimientos, secuestros, encarcelamientos y torturas se cuidó que las víctimas no fueran, de nuevo, a experimentar algún trauma¹⁵⁴. Las audiencias de la CVR en Sudáfrica fueron públicas. Durante las sesiones de audiencia las víctimas podían realizar preguntas a los ofensores. La CVR tuvo un aspecto único: ofrecer amnistía condicional a aquellos perpetradores que estuvieran dispuestos a revelar plenamente detalles de sus crímenes ante la audiencia pública¹⁵⁵.

Conforme a lo expuesto se puede indicar que los espacios de diálogo de la justicia restaurativa permiten que los sujetos desarrollen capacidad para gestionar sus conflictos. A diferencia de los procedimientos del Estado, la víctima, el ofensor y otros miembros de la comunidad tienen una participación decisiva en las prácticas restaurativas. A continuación, se explicará con mayor detalle la forma como el paradigma restaurativo promueve la conformación de un sujeto responsable de sus acciones.

2.3.2.- La reinención de los sujetos participantes en las prácticas restaurativas

La justicia restaurativa modifica la pretensión de quienes intervienen en el proceso, o, mejor dicho, opera un cambio de lente, en términos de Howard Zehr¹⁵⁶. Las partes en el conflicto dejan de pretender imponer una versión útil para su defensa. Se desmonta la búsqueda de la imposición de una verdad jurídica para dar paso a un encuentro en el que las partes, como habíamos dicho, dejan de percibirse como adversarios.

Las prácticas de justicia restaurativa buscan que las personas recuperen autonomía. El sujeto autónomo que participa en estos procesos no basa su participación en la pretensión de dominar a los otros, como sucede en el Derecho. La actitud en que se fundamenta es la disposición al diálogo y el encuentro con el ofensor y la comunidad para buscar acuerdos. Para Howard Zehr, las personas comienzan un proceso que les brinda la oportunidad para la confesión, el arrepentimiento y el perdón¹⁵⁷.

En las prácticas restaurativas las partes son acompañadas por el facilitador como personas con necesidades, sentimientos y una historia que necesita ser escuchada. Los relatos de las personas no se

¹⁵⁴ Cfr. Alexander Boraine. "Audiencias Públicas, claves en Sudáfrica" en *Revista Hechos del callejón*. Bogotá: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Edición Especial, 2006, p. 36.

¹⁵⁵ Cfr. Boraine. *Op.cit.*, p. 37

¹⁵⁶ Cfr. Zehr. *Op.cit.*, p. 174.

¹⁵⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 180.

reducen a ser considerados hechos jurídicos sobre los que sólo recae la aplicación de la norma para el surgimiento de derechos y obligaciones. Los hechos se reconstruyen en el diálogo de los involucrados. Las personas al considerar otras perspectivas diferentes a las suyas con respecto al conflicto comienzan a reconocer prejuicios y asumen una posición distinta ante la persona que concebían como oponente u ofensor¹⁵⁸.

Howard Zehr contrasta el concepto de culpa que contiene la ley con el del paradigma restaurativo. El primero es altamente técnico y abstraído de la experiencia. Esto les hace más fácil a los ofensores evadir la responsabilidad personal de su conducta. También frustra a las víctimas que encuentran difícil relacionar la descripción legal del evento con su propia experiencia. Tanto la víctima, como el ofensor, se ven obligados a usar el lenguaje del Derecho para definir su realidad en vez del suyo¹⁵⁹. En cambio, las personas que participan en un proceso de justicia restaurativa tienen una experiencia que modifica los conceptos individualistas de culpa y libertad con los que administra justicia el Estado. En un proceso de justicia restaurativa, la libertad y la responsabilidad de las personas se entiende moldeada por el contexto social, económico, político y cultural que influye en las opciones reales y potenciales de la persona. Lo anterior permite que los participantes reconozcan que la motivación a causar perjuicio es mucho más compleja que la que ofrece una perspectiva individualista¹⁶⁰. Durante el encuentro las personas se reinventan con nuevas concepciones y enfoques acerca del conflicto. En las prácticas restaurativas se reconoce de manera distinta la condición humana del otro. La oportunidad de que cada quien comparta y escuche su propia experiencia desde su contexto y los sentimientos que eso le suscitó modifica la comprensión del delito. En la justicia restaurativa la persona asume una responsabilidad individual, pero en un contexto integral¹⁶¹.

Las prácticas de justicia restaurativa buscan que las personas asuman su responsabilidad como seres humanos autónomos, pero interconectados. Los participantes de un conflicto que se aborda con enfoque restaurativo pueden ir concibiendo con la experiencia del diálogo que son seres comunitarios, cuyos actos pueden ocasionar heridas en otros. Este paradigma reinventa la comprensión que los sujetos tienen de sí mismos. A las víctimas les reconoce su historia y la necesidad de contarla. Con respecto a los ofensores intenta que asuman su responsabilidad, los conduce a una vergüenza en la que

¹⁵⁸ *Cfr. Ibid., p. 159.*

¹⁵⁹ *Cfr. Ibid., p. 70.*

¹⁶⁰ *Cfr. Ibid., p. 68.*

¹⁶¹ *Cfr. Loc.cit.*

reconozcan que el que hiere con sus acciones a otro tiene que responsabilizarse. Esto les ayuda no sólo a reencontrarse con su humanidad, sino a ver la humanidad de las personas que los rodean¹⁶².

Virginia Domingo, inspirada en la teoría de John Braithwaite sobre la vergüenza reintegrativa, identifica que en los procedimientos de impartición de justicia se pueden presentar dos tipos de vergüenza: estigmatizante y reintegradora. La vergüenza estigmatizante se caracteriza por el uso de prácticas de degradación y aislamiento que recaen sobre el sujeto para separarlo de la sociedad. La violencia que se ejerce en el individuo genera una vergüenza que en muchas ocasiones lo conduce a una mayor aversión y resentimiento con la sociedad¹⁶³. La misma autora observa que la vergüenza estigmatizante puede tener como consecuencia respuestas muy negativas por parte de quien la padece. Una respuesta negativa especialmente relevante es la formación de lo que los criminólogos han llamado subculturas de delincuentes. Las personas, al enfrentarse a la vergüenza estigmatizante pueden buscar unirse a otros que han sido avergonzados, y luego revertir los valores para generar códigos de comportamiento que justifiquen su agresión a la sociedad¹⁶⁴.

La vergüenza reintegradora, por su parte, desaprueba las acciones injustas cometidas por la persona, pero se acompaña de mecanismos tendentes a la recuperación del sujeto como parte de la comunidad. En la vergüenza reintegradora la persona puede experimentar que se desaprueban sus actos, pero no toda su persona. La vergüenza reintegradora permite que el sujeto tome consciencia de sus actos con respeto por sí mismo y los demás involucrados¹⁶⁵.

En resumen, las prácticas restaurativas brindan un espacio donde las personas pueden comenzar a gestionar su autonomía por medio de la corresponsabilidad en los conflictos y la búsqueda de alternativas de solución. La construcción de acuerdos que comprometen a la víctima, al ofensor y a la comunidad posibilitan que los estereotipos y los estigmas puedan ser removidos. El agresor asume su responsabilidad y puede ir conformando una nueva subjetividad. Por su parte, la víctima se puede despojar también del rol de víctima.

¹⁶² Cfr. Virginia Domingo de la Fuente. "El sentimiento de vergüenza y la justicia restaurativa", en *Justicia Restaurativa*, 10 de diciembre de 2015, (consultado el 10/VI/ 2016) Disponible en Internet: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2015/12/el-sentimiento-de-vergüenza-y-la.html>

¹⁶³ Cfr. *Loc. cit.*

¹⁶⁴ Cfr. *Loc. cit.*

¹⁶⁵ Cfr. *Loc. cit.*

Se entiende que muchos conflictos no pueden resolverse con una reparación íntegra del daño causado, pero lo que sí puede proveer la justicia es una forma diferente de afrontar los sentimientos, la indignación y el dolor ocasionado por una situación injusta. El impacto de la justicia restaurativa en los sujetos que participan se comprende con mayor claridad desde la dimensión simbólica que se desarrolla en este paradigma. A continuación, se proporcionará una explicación sobre este punto.

2.3.3.-El ritual y el símbolo en la experiencia restauradora

La justicia restaurativa reconoce que el conflicto comprende diferentes dimensiones que deben considerarse integralmente. Para Jayne Docherty, un conflicto presenta diferentes categorías que permiten estudiar sus causas. Los conflictos presentan una dimensión racional, relacional y simbólica¹⁶⁶.

La dimensión material se ocupa de los recursos que las personas necesitan poseer en propiedad o disfrute para el mantenimiento de la vida, por ejemplo, la tierra y otros medios de sostenimiento. La dimensión racional busca solucionar los conflictos a través de la conformación de diferentes criterios, métodos y argumentos lógicos. La lucha entre los hombres por los bienes materiales tiene como fundamento la propuesta antropológica de Hobbes. Esta manera de concebir el conflicto propone encontrar, por medio de la razón, un orden que permita la adecuada distribución de cargas y beneficios sobre los individuos ante la incapacidad de comunicarse entre ellos para decidir lo justo¹⁶⁷.

La dimensión simbólica se enfoca en que las personas tienen diferentes cosmovisiones para comprender el mundo y en particular el conflicto. El carácter simbólico comprende las percepciones, emociones, sensaciones e influencias culturales que fundamentan la identidad de la persona. La comprensión del nivel simbólico del conflicto permite reconocer que las personas de diferentes culturas tienen modos distintos de ordenar el mundo. La pertenencia a una cultura impide que pueda asumirse fácilmente otra forma de entender las cosas dentro del conflicto¹⁶⁸. La dimensión simbólica del conflicto provee un contexto para entender el uso de rituales y símbolos en las prácticas de justicia restaurativa. A propósito, Howard Zehr advierte que los procedimientos de justicia restaurativa necesitan rituales y símbolos para el cierre emocional del proceso¹⁶⁹. Las prácticas restaurativas hacen

¹⁶⁶ Cfr. Jayne Docherty. *Learning Lessons from Waco: When the Parties Bring their Gods to the Negotiaton Table*. Syracuse, N.Y: Syracuse University Press, 2001, p. 27.

¹⁶⁷ Cfr. Lisa Schirch. *Ritual and Symbol in Peacebuilding*. Bloomfield: Kumarian, 2005, p. 32.

¹⁶⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 38-45.

¹⁶⁹ Cfr. Zehr. *Op.cit.*, p. 201.

posible que los involucrados descubran que algunas de sus demandas tienen un valor y un significado simbólico sobre las cosas o hechos que son objeto de discusión. Una manera en que la justicia restaurativa busca acercar a las partes es a través de la aceptación de cosmovisiones distintas. La justicia restaurativa pretende la construcción de mecanismos que permitan compartir a los participantes el significado de lo que se encuentra en disputa. Mientras las personas asumen una posición de competencia no pueden ver cómo está construido simbólicamente el significado de los recursos y derechos para la otra persona que se sitúa como antagónica a sus intereses¹⁷⁰. En Norteamérica, por ejemplo, se concibió que en algunas disputas territoriales los negociadores de ambas partes del conflicto caminaran juntos por el territorio objeto del conflicto y compartieran el significado que tenía para cada uno de ellos, este acto se constituyó en un ritual que transformó la experiencia de los participantes para llegar a un acuerdo¹⁷¹.

Lisa Schirch indica que el desarrollo de mecanismos de solución de conflictos a partir de la dimensión simbólica y ritual se fundamenta en que las cosmovisiones se conforman en la persona por cinco elementos que interactúan entre sí: la percepción, el conocimiento emocional, la cultura y los valores¹⁷². La recuperación de la dimensión simbólica brinda la oportunidad de reconocer que la experiencia de justicia involucra a toda la persona y no únicamente a su parte racional. Los procedimientos de justicia restaurativa conciben que la persona participa con sus sentidos, con su razón, con sus emociones, con toda su constitución biológica.

Los procesos de percepción moldean la forma en que las personas entienden el conflicto. Si las personas aprenden a través de su cuerpo, sus emociones y sentidos, entonces es razonable pensar que el ritual ofrece una vía para sanar a las personas y propiciar la recomposición de relaciones comunitarias quebrantadas¹⁷³. El ritual y el uso de símbolos son herramientas que pueden ayudar a cambiar la percepción de la gente sobre el conflicto. El paradigma restaurativo busca encontrar maneras de actuar sobre los mecanismos de defensa de la percepción que todas las personas usan para poner orden y sentido a su experiencia. El uso de símbolos actúa sobre los mecanismos de la percepción que evitan el cambio de cosmovisión y confirman las viejas ideas o formas de ver y nombrar el mundo. Para las prácticas restaurativas el ritual es una forma de actuar sobre las viejas

¹⁷⁰ Cfr. Schirch. *Op.cit.*, p. 38.

¹⁷¹ Cfr. *Loc.cit.*

¹⁷² Cfr. *Ibid.*, p. 39.

¹⁷³ Cfr. *Ibid.*, p. 52.

ideas o formas de pensar que resultan en la deshumanización del otro. El ritual y el símbolo son medios para retirar en parte o totalmente la resistencia a ver al otro como un ser humano¹⁷⁴.

Los facilitadores de las prácticas de justicia restaurativa intentan generar un espacio adecuado para el diálogo que se constituya de diferentes elementos y así favorezca que las personas se sientan en un ambiente seguro y confortable. En las prácticas restaurativas el ritual puede crear un espacio que se convierta en oasis de paz para las personas que se encuentran dentro del conflicto¹⁷⁵.

La posibilidad del perdón y la reconciliación entre las partes se puede entender desde la dinámica que viven víctima y ofensor cuando se ven inmersos en un espacio ritual que puede modificar sus percepciones del conflicto y su cosmovisión. En el tiempo y lugar donde ocurre el encuentro víctima y ofensor se pueden comenzar a construir puentes a través de diferentes actos y gestos que les permitan redescubrir su propia identidad y la de los otros a los que pudieron en un momento concebir como sus adversarios. Las personas pueden reconocer una comunión rota por hechos que han generado dolor y sufrimiento. Por medio de acciones de carácter ritual se abre la posibilidad de sentir el deseo de restablecer una comunión rota. Una práctica de justicia restaurativa puede propiciar la reconciliación en la medida en que las personas modifiquen sus percepciones de los otros. La reconciliación es resultado de una experiencia que abre al ser humano a reconocerse no únicamente como un ser individual sino como un ser que tiende a la comunión. Los símbolos y los ritos que forman parte de la restauración conducen a una experiencia que conecta el presente, el pasado y abre al sujeto a enfrentar con más confianza el futuro. La realidad se presenta a las personas como un porvenir que toma profundidad después de participar de un tiempo y espacio que se separa de la cotidianidad y que actúa sobre su cosmovisión. El acto simbólico que se realiza para expresar arrepentimiento por el daño ocasionado no tiene un carácter retributivo que se pueda medir o determinar con criterios racionales, porque lo que restaura son exigencias de justicia que no pueden identificarse con un resarcimiento material o la declaración de un derecho por parte del juez.

En resumen, las características de la justicia restaurativa indican que se pueden conformar prácticas fundadas en la capacidad del diálogo para responder de manera distinta a los conflictos. Estos espacios de participación brindan a las personas la habilidad de gestionar los problemas que surgen en la

¹⁷⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 42.

¹⁷⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 76.

convivencia y reconocer que la justicia implica una dimensión simbólica. Esto demuestra que lo justo no se puede reducir a criterios racionales o materiales.

Una vez expuesta esta última característica, es importante señalar que la justicia restaurativa no es una respuesta definitiva ante la crisis del Derecho. Este paradigma no constituye el remedio a todas las deficiencias de la impartición de justicia. Los pilares expuestos hasta aquí son sólo la base de un paradigma que puede seguirse desarrollando. El enfoque restaurativo presenta interrogantes y objeciones que a continuación se señalarán.

2.4.- Las principales interrogantes y objeciones a la justicia restaurativa

Desarrollar la pregunta por la justicia desde las prácticas restaurativas implica también cuestionar a la justicia restaurativa y hacer ver las inconsistencias que presenta en el desarrollo teórico que hasta el momento tiene, porque lo importante no es demostrar el carácter definitivo de este paradigma, sino tomarlo como sugerencia para seguir preguntándose por la justicia.

Howard Zehr afirma que promover el estudio y la conformación de prácticas de justicia restaurativa no implica abolir la justicia del Estado. El paradigma restaurativo representa un camino paralelo, es decir, la oportunidad de reconocer que un conflicto puede abordarse con diferentes perspectivas y que la justicia retributiva no es el único paradigma posible¹⁷⁶. Sin embargo, hay diversos cuestionamientos que surgen de la implementación de las prácticas restaurativas que continúan sin respuesta. A continuación, se presentan algunas de estas preguntas y objeciones. La intención no es responderlas sino únicamente exponerlas como aspectos que muestran que todavía hay mucho trabajo de reflexión por hacer.

Para Howard Zehr, es necesario continuar el estudio del término “comunidad” porque tiende a ser un concepto del que se abusa. Por lo tanto: ¿qué significa la comunidad y cómo puede continuar pensándose su participación real en una práctica de enfoque restaurativo?¹⁷⁷ La participación de la comunidad en la gestión del conflicto puede tener como inconveniente la privatización de las garantías del debido proceso. Los mecanismos de justicia restaurativa que proponen la intervención de miembros

¹⁷⁶ Cfr. Zehr. *Op. cit.*, p. 208.

¹⁷⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 212.

de la comunidad en un encuentro entre víctima y ofensor tienen como objeción que parten de una comprensión de comunidad actualmente inexistente en muchos barrios y ciudades. La ausencia de una comunidad cohesionada en una práctica restaurativa pone en riesgo los principios procesales del debido proceso judicial porque pueden terminar controlados por individuos sin el grado de empatía y responsabilidad que presupone el enfoque restaurativo¹⁷⁸.

Las prácticas restaurativas en contextos marginales se enfrentan a comunidades poco integradas y con diferentes grados de división, discriminación y violencia. María Catalina Echeverri Londoño y Deidi Yolima Maca Urbano concluyen, a través de distintas investigaciones en diferentes Distritos de Colombia, que los contextos marginales configuran un carácter en la persona centrado en los propios intereses y caracterizado por una actitud defensiva¹⁷⁹.

La incapacidad de los individuos para reconocerse como parte de una misma comunidad puede conducir a que las prácticas de justicia restaurativa no se generen por una intención sincera de reparar el daño sino como un medio para conseguir beneficios jurídicos para el ofensor. Un barrio o comunidad con situaciones de violencia, miseria y desigualdad dificulta que sus miembros puedan conformar un espacio de diálogo para llegar a construir acuerdos comunes a sus necesidades. Las situaciones de marginación en un determinado contexto tienen profundas raíces históricas, culturales y económicas que pueden impedir que las personas aborden un conflicto de forma restaurativa.

La justicia restaurativa no puede ser ajena a las diferencias derivadas del género, la etnia, la nacionalidad y la cultura. Howard Zehr enfatiza que la justicia restaurativa tiene que desarrollarse desde la perspectiva de diversas culturas, tradiciones y experiencias porque de lo contrario puede concebirse como un paradigma exclusivo para un determinado grupo de personas. Zehr se cuestiona si su formulación de la justicia restaurativa es producto de la perspectiva de la clase media, blanca, estadounidense y machista a la que él pertenece¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Cfr. Margarita Martínez Escamilla. "La mediación penal en España: Estado de la cuestión". en Margarita Martínez Escamilla (coord.), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Madrid: Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, 2011, p. 27.

¹⁷⁹ Cfr. María Catalina Echeverri Londoño y Deidi Yolima Maca Urbano. "Justicia Restaurativa, contextos marginales y Representaciones Sociales: algunas ideas sobre la implementación y la aplicación de este tipo de justicia" en *Justicia Restaurativa en Línea*, (consultado el 12/ VI/ 2016). Disponible en Internet: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/Articulo%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA%20Colombia.pdf/view>

¹⁸⁰ Cfr. Zehr.*Op.cit.*, p. 213.

Es importante preguntarse si los implicados en un proceso de justicia restaurativa pueden pertenecer a grupos étnicos diferentes. La primera interrogante que surge es: ¿cómo concebir en estos casos el concepto de comunidad? En el caso de los pueblos indígenas es importante cuestionarse cómo podrían participar sujetos de diferentes cosmovisiones en un mismo procedimiento restaurativo si en el fondo se encuentra una historia de discriminación, opresión y dominio de un grupo étnico sobre otro. En un proceso de justicia restaurativa resulta difícil concebir cómo miembros de culturas distintas pueden evitar prejuicios cuando tienen una concepción distinta de lo justo, de la reparación y del castigo. Si ambas culturas tienen mecanismos de solución distintos para el conflicto conforme a sus nociones de justicia ¿cuál será el mecanismo que se elija? Y ¿cómo se puede evitar la imposición una cultura sobre otra?

En este mismo orden de ideas, pero con relación a otro aspecto, Elena Larrauri señala que los partidarios de la justicia restaurativa no han considerado el género en el desarrollo teórico y práctico de este paradigma, por lo cual se está ante una propuesta de comprensión de lo justo incompleta¹⁸¹. La justicia restaurativa puede minusvalorar la gravedad de los hechos de violencia contra la mujer si este tipo de justicia es utilizada como un mecanismo por parte del agresor para evadir el castigo. Por otra parte, la mujer que participa en prácticas restaurativas por medio del encuentro con el agresor puede revictimizarse. El temor de la víctima al agresor puede impedir generar mediante el diálogo un equilibrio de poder. La participación de la comunidad en algunos casos no puede actuar como un elemento que proteja del desequilibrio porque en numerosos supuestos, la violencia contra la mujer goza aún de un respaldo social¹⁸².

En lo que respecta a la teoría del delito, también se puede señalar que la justicia restaurativa tiene el inconveniente de no proporcionar certeza sobre la pena. El principio de Derecho penal que indica que a toda conducta considerada como delito debe corresponder una pena cierta y conocida se ve quebrantado por la justicia restaurativa que supone una comunidad con la formación política necesaria para imponer una restitución debida, pero si la comunidad no tiene esa actitud responsable ante el ofensor lo puede convertir en objeto de castigos infames que desconozcan sus derechos fundamentales. Un estudio de la justicia restaurativa a partir de los principios e instituciones del Derecho procesal penal conduce a cuestionar la determinación del daño y su ámbito de cobertura. La justicia restaurativa

¹⁸¹ Cfr. Elena Larrauri. "Justicia restauradora y violencia doméstica", (consultado el 12/ VI /2016). Disponible en Internet;

http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325076458_Justicia%20Restauradora%20y%20Violencia%20Dom%3%A9stica-%20Elena%20Larrauri.pdf

¹⁸² Cfr. *Loc.cit*

se basa en que el delito perjudica a las personas y las relaciones y que la justicia necesita la mayor subsanación del daño posible. Entonces, cabe preguntarse, ¿qué debe de entenderse por daño?, ¿es sólo el daño material?, ¿debe incluirse el daño moral?, ¿el daño es la afectación al bien jurídico?, ¿qué ocurre si una de las personas involucradas quiere responder por medio de una aseguradora para cubrir el daño¹⁸³? Howard Zehr se pregunta si dentro de un procedimiento restaurativo es posible que las personas acuerden por sí mismas el ejercicio de un poder punitivo. Zehr se plantea estas cuestiones: ¿qué hacer con aquellos que en realidad representan un peligro para reintegrarlos a la comunidad?, ¿lo justo es encarcelarlos? Si es así, ¿cómo se toma esa decisión dentro de una práctica con enfoque restaurativo¹⁸⁴?

Para Margarita Martínez Escamilla debe negarse la posibilidad de que los acuerdos restaurativos asuman un carácter punitivo, porque el monopolio del poder coercitivo corresponde únicamente al Estado¹⁸⁵. La asunción del poder punitivo por parte de los involucrados y la comunidad en un procedimiento restaurativo, puede significar un retroceso en las garantías constitucionales, también llamados derechos humanos, del ofensor, porque lo someten a un procedimiento que no puede proporcionarle la misma seguridad jurídica que le brindan los principios del debido proceso penal, como podría ser la presunción de inocencia, puesto que para iniciar un proceso restaurativo el ofensor debe reconocer su responsabilidad como condición para participar en las prácticas restaurativas¹⁸⁶.

La delimitación del conflicto dentro del diálogo restaurativo es otro de los aspectos que es pertinente destacar. Es una cuestión que puede suscitar dudas e inquietudes con respecto al desenvolvimiento de las prácticas restaurativas. Una forma de entender el diálogo consiste en concebir que su objetivo sea la comprensión del conflicto a partir de sus causas y consecuencias. Otra manera de concebirlo es establecer como fin la reparación del daño¹⁸⁷.

La afirmación de que las prácticas restaurativas parten de la aceptación de los hechos por parte del agresor para limitarse a los acuerdos, puede suponer que el conflicto se reduzca a los términos en que

¹⁸³ Cfr. Doris Ma. Arias Madrigal. "Reflexiones Teóricas y Prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa" en *Justicia Restaurativa en Línea* (consultado el 12/ VI/ 2016) Disponible en Internet: <http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones/view>

¹⁸⁴ Cfr. Zehr. *Op. cit.*, p. 213.

¹⁸⁵ Cfr. Martínez Escamilla. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁶ Cfr. Cristina Alonso Salgado. "Una dificultad más en el camino: la eventual afectación de derechos fundamentales en la mediación celebrada en el seno del proceso penal" en Virginia Domingo. *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el Derecho perdido*. Madrid: Sociedad Criminológica Balear, 2012, pp. 65-69, p. 66.

¹⁸⁷ Cfr. Martínez Escamilla. *Op. cit.*, p. 24.

ya es comprendido por todos los involucrados y a que se asuma una versión definitiva de los hechos antes del procedimiento restaurativo, lo cual significaría una limitación del poder que se pretende dar a las personas dentro de las prácticas restaurativas para revisar lo que sucedió y tratar de conformar una narrativa común¹⁸⁸. Por otra parte, en muchas ocasiones plantear el diálogo a partir de las causas y consecuencias del conflicto implica reconocer antecedentes históricos, culturales, económicos y sociales que los participantes de un proceso restaurativo no puedan asumir con facilidad por la carga que representan.

El intento de abordar las raíces más profundas e ineludibles del conflicto puede resultar complejo e inabarcable para los involucrados y los facilitadores, aunque se tenga la voluntad de participar con una actitud restaurativa. Por ejemplo, las personas que comparten una historia de siglos por enfrentamiento étnicos y religiosos continuarán presentando dificultades por este motivo para delimitar el diálogo; aun suponiendo que se consiguiera una voluntad sincera de construirlo sin pretensiones de imposición, se está ante una herencia de necesidades y heridas que es complicado abordar. Por lo tanto, ¿cómo se puede entender la delimitación del conflicto objeto de diálogo en estos casos?

Es oportuno señalar que la respuesta a esta interrogante debe buscar la manera de conciliar la revisión de los hechos y el respeto a la voluntad de los involucrados. Bajo ninguna circunstancia se debe concebir que las prácticas restaurativas busquen tratar temas que puedan ser perjudiciales para el bienestar emocional de las personas involucradas. En este sentido Virginia Domingo afirma lo siguiente:

La Justicia Restaurativa debería ofrecerse a todas las víctimas con independencia del delito cometido y serían ellas las que, en cada caso, pudieran decidir cómo quieren que el delito que han sufrido sea gestionado, para esto es necesario darles tiempo y no presionarlas con plazos rígidos y tasados porque una víctima puede necesitar una hora en decidir qué quiere la justicia restaurativa, pero otras pueden necesitar un año¹⁸⁹.

Otra dificultad de las prácticas restaurativas que, en palabras de Virginia Domingo, constituye una de las más preocupantes, es que los facilitadores de estos procedimientos son abogados y especialistas del Derecho que no pueden despojarse de los criterios de estricta legalidad conforme a los cuales

¹⁸⁸ *Cfr. Loc. cit.*

¹⁸⁹ Virginia Domingo de la Fuente. “¿Hay algunas circunstancias en que la Justicia Restaurativa no sea viable?”, en *Justicia Restaurativa*, 24 de mayo de 2016, (consultado el 11/ VI/ 2016). Disponible en Internet: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2016/05/hay-alguna-circunstancia-en-que-la.html#more>

conciben la justicia. La intervención de facilitadores o mediadores de justicia restaurativa poco capacitados puede derivar en procedimientos burocráticos que no atiendan las necesidades de las personas y que únicamente se ejecuten conforme a ideas rígidas y legalistas¹⁹⁰. Las prácticas restaurativas se enfrentan al riesgo de burocratizarse si son desarrolladas por facilitadores tendentes a reproducir las prácticas enajenantes de los procedimientos judiciales del Estado. Las prácticas de justicia restaurativa tienen que garantizar que los involucrados y los facilitadores tengan la voluntad de tener una comprensión restaurativa del conflicto, en caso contrario, los facilitadores se convierten en meros operadores de las prácticas jurídicas que han conducido a una crisis en la impartición de justicia.

En resumen, la justicia restaurativa es un paradigma que presenta muchas interrogantes. Las diferencias que presenta con respecto a la justicia penal del Estado revelan que es una alternativa para reflexionar sobre la justicia. Sin embargo, son varias las objeciones que genera su implementación. Howard Zehr señala que, si la justicia restaurativa se pudiera llegar a pensar como el paradigma dominante de la impartición de justicia, él dudaría de su implementación masiva. Para Zehr, el paradigma retributivo está fuertemente arraigado en los intereses y funciones del Estado moderno¹⁹¹. La posibilidad de cambiar el paradigma de manera total implica reflexionar sobre las dinámicas institucionales y políticas que provocaría. Howard Zehr enfatiza que la historia muestra que los esfuerzos por un cambio radical tienden a desviarse de sus propósitos originales¹⁹².

Por otra parte, es importante recuperar el papel de la comunidad en las prácticas restaurativas, pero es necesario considerar los diferentes supuestos que se pueden derivar de una comprensión desmedida de la dimensión comunitaria en los conflictos. Estas interrogantes no representan la descalificación de la justicia restaurativa sino el punto de partida para continuar desarrollando la reflexión sobre la justicia restaurativa.

¹⁹⁰ Cfr. Virginia Domingo de la Fuente. "Los facilitadores de los procesos restaurativos deberían despojarse de su profesión de origen" en *Justicia Restaurativa*, 25 de junio de 2015 (consultado el 11/ VI/ 2016). Disponible en Internet: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2015/06/los-facilitadores-de-los-procesos.html>

¹⁹¹ Cfr. Zehr. *Op.cit.*, p. 213.

¹⁹² Cfr. *Loc. cit.*

Capítulo 3.-Una propuesta de fundamentación filosófica de la justicia restaurativa

3.1.-El estudio de las prácticas restaurativas a partir del pensamiento filosófico

Las prácticas emergentes de justicia restaurativa han venido constituyéndose como una promisorio área de estudio en las ciencias sociales, pero no ha ocurrido lo mismo en el ámbito propio de la reflexión filosófica. Esta ausencia impulsa el trabajo de este capítulo: se propone alumbrar los fundamentos filosóficos del paradigma restaurativo. El intento de dotar a la justicia restaurativa de fundamentos filosóficos pretende mostrar que las prácticas que ha conformado este paradigma pueden ser pensadas en vinculación con algunos planteamientos éticos y políticos.

Para desarrollar el pensamiento filosófico de las prácticas restaurativas, el ejercicio se centrará en dos notas de este paradigma ya antes expuestas. La primera es la conformación de los espacios de diálogo y, la segunda, la reinvención de los sujetos que participan en las prácticas restaurativas. La propuesta de fundamentación de los espacios de diálogo restaurativo se realizará a partir de algunos elementos del pensamiento político de Hannah Arendt. En cambio, la fundamentación de la reinvención de los sujetos se realizará a partir del planteamiento moral de Alasdair MacIntyre. Aunque el simbolismo y el ritual son importantes en el paradigma restaurativo, no serán abordados porque las dos primeras notas son las que se desean resaltar. Lo que se formulará en esta parte pretende mostrar un posible camino para vincular a la justicia restaurativa con la filosofía moral y política.

3.1.1.- Espacio de diálogo. Una propuesta de fundamentación basada en el pensamiento político de Hannah Arendt

La reflexión sobre la vida política es fundamental en la obra de Hannah Arendt, sin embargo, Antonio Campillo hace la siguiente advertencia:

Hay un hilo conductor que recorre toda la obra de Hannah Arendt y que hace de ella una de las pensadoras más lúcidas y originales del siglo XX: la vindicación de la vida política como la forma de vida más distintivamente humana. Pero, si seguimos atentamente ese hilo conductor y pretendemos averiguar cuál es el significado preciso que Arendt atribuye a la palabra “política”, nos encontramos con una diversidad de respuestas que, a primera vista, no parecen congruentes entre sí. Además, en cada una de estas respuestas nos encontramos con algunas contradicciones y prejuicios que ensombrecen, por así decirlo, la claridad del pensamiento arendtiano y le impiden desplegar todas sus posibilidades¹⁹³.

Para evitar esta confusión de la que advierte Campillo se propone analizar concretamente algunos aspectos de la vida activa que la autora desarrolla en su obra *La condición humana* y de manera especial en el capítulo dedicado a la acción.

En el análisis del concepto de política en Hannah Arendt, Campillo identifica la presencia de diferentes niveles de comprensión. En un primer estadio se desarrolla el carácter ontológico del espacio de la aparición, como noción central de la concepción política de Arendt; más adelante Campillo destaca un segundo nivel de análisis- y expresa lo siguiente:

El “espacio de aparición” ya no tiene un significado ontológico, ya no es la más fundamental condición de posibilidad de la humana experiencia del mundo, sino que ahora es concebido como un campo particular de la experiencia humana, como un determinado tipo de actividad (la “acción” y el “discurso”), que ha de ser netamente diferenciado con respecto a otros campos o tipos de actividad (la “labor” y el “trabajo”), para que no sea confundido con –ni subordinado a– ninguno de ellos. Nos encontramos, pues, en un segundo plano de análisis, en el que Arendt lleva a cabo una diferenciación fenomenológica de las tres grandes esferas de la vida activa (“labor”, “trabajo” y “acción”) ¹⁹⁴.

El estudio que aquí se propone sobre los espacios de diálogo restaurativos y su relación con el planteamiento arendtiano habría que ubicarlo en este segundo plano de análisis al que hace referencia Campillo. Posteriormente, se revisará la relación entre comprensión y política en el

¹⁹³ Antonio Campillo. “Espacios de aparición: El concepto de lo político en Hannah Arendt” en *Daimon Revista Internacional de Filosofía*. Murcia: Universidad de Murcia, número 26, 2002, pp. 159-186, pp. 159-160 (consultado el 25 VI 2016). Disponible en: www.google.com.mx/#q=revista+daimon+filosofia+espacios+de+aparici%C3%B3n

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 169.

trabajo intelectual de Arendt para recuperar su explicación sobre la facultad de juzgar y relacionarla con la forma en que se juzgan las acciones delictivas en la justicia restaurativa.

Sobre la base de las consideraciones anteriores es posible afirmar que el paradigma restaurativo se puede reflexionar filosóficamente a través de los siguientes conceptos arendtianos: la condición humana de la pluralidad, la trama de las relaciones humanas y la comprensión y juicio. Sobre estos temas se profundizará a continuación y se mostrará cómo pueden ayudar a comprender lo que sucede en las prácticas restaurativas.

3.1.1.1.-La condición humana de la pluralidad

En el trabajo intelectual de Hannah Arendt es importante distinguir tres conceptos: labor, trabajo y acción. La acción es la única actividad humana que se da sin la medición de las cosas o de la materia, su finalidad es preservar los cuerpos políticos y crea las condiciones para el recuerdo, esto es, para la historia¹⁹⁵. La actividad política que corresponde a la acción es la única relación social propiamente dicha que requiere la presencia y la pluralidad de los otros; en cambio, la labor implica una relación de la persona con su propio cuerpo y el trabajo representa la inevitable presencia de los objetos que fabrica. Estas dos últimas actividades pueden ser estudiadas prescindiendo de las relaciones sociales en cuyo marco tienen lugar.

Para Hannah Arendt, la pluralidad es condición de la acción y del discurso, y tiene el doble carácter de igualdad y distinción. Si los humanos no fueran iguales no podrían entenderse, concertar o planear para el futuro. También son distintos porque cada uno se diferencia de cualquier otro que haya existido, exista o llegue a existir. Si se concibiera que pudieran ser idénticos, entonces no necesitarían el discurso ni la acción para entenderse. Arendt indica que, de haber identidad, sólo bastarían los signos y los sonidos para comunicar las necesidades inmediatas¹⁹⁶.

En el planteamiento de Hannah Arendt, la acción precisa de la esfera pública para realizarse. La palabra “público” puede tener dos significados relacionados, no idénticos. En primer lugar, significa que todo lo que aparece en público puede verlo y oírlo cualquier ser humano y tiene una amplia publicidad. En

¹⁹⁵ Cfr. Hannah Arendt. *La condición humana*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 22.

¹⁹⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 200.

segundo lugar, Arendt define lo público de la manera siguiente: “el propio mundo, en cuanto es común a todos nosotros y diferenciado de nuestro lugar poseído privadamente en él”¹⁹⁷.

Arendt advierte que si una sociedad pierde el sentido de la trascendencia y sólo se centra en lo consumible y lo cuantificable para un tiempo vital específico, ninguna esfera pública o política es posible. La esfera pública trasciende el pasado y el futuro. En épocas anteriores a la nuestra, la acción en la esfera pública se orientaba a la búsqueda de hacer permanecer lo que se tenía en común con los demás, es decir, era una suerte de llamado a dejar huella después de la muerte¹⁹⁸. Al llegar a este punto Arendt presenta el significado de la vida pública como el lugar de reunión en el que los presentes ocupan diferentes posiciones. Para Arendt, ser visto y oído por otra deriva su significado del hecho de que todos ven y oyen desde una posición diferente¹⁹⁹.

En el orden de las ideas anteriores, el espacio de la aparición surge donde los seres humanos se agrupan por el discurso y la acción y, por lo tanto, precede a toda formal constitución de la esfera pública y de las distintas formas de gobierno. En el planteamiento arendtiano el poder no tiene una connotación negativa. Es lo que mantiene la existencia de la esfera pública, el potencial espacio de aparición entre los seres humanos que actúan y hablan. El poder es una realidad donde palabra y acto no se han separado. La palabra tiene contenido y no se usa para esconder intenciones sino para descubrir realidades, y los actos que la acompañan no tienen un carácter destructivo sino creador de nuevas realidades. El elemento fundamental para la generación de poder es que los seres humanos actúen juntos. El poder no es propiedad de un individuo; pertenece a un grupo y existe mientras se mantenga la unidad. El planteamiento de Arendt hace la distinción entre poder y violencia. La violencia puede destruir al poder, pero no convertirse en su sustituto²⁰⁰.

De acuerdo con estos rasgos del planteamiento arendtiano, se puede afirmar que el espacio de encuentro de las prácticas de justicia restaurativa puede reflexionarse a la luz de los conceptos de pluralidad, esfera pública y espacio de aparición. A continuación, se desarrolla cómo estos conceptos del pensamiento político de Arendt pueden brindar una mayor comprensión al paradigma restaurativo.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 61.

¹⁹⁸ *Cfr. Ibid.*, p. 64.

¹⁹⁹ *Cfr. Ibid.*, pp. 66-67.

²⁰⁰ *Cfr. Ibid.*, pp. 222-224.

La pluralidad como condición de la acción alumbra los espacios de diálogo de la justicia restaurativa porque permite comprender la presencia de diversas perspectivas. La actividad que se desarrolla en estos espacios, en concordancia con Arendt, se posibilita por la palabra que permite ser escuchado y la aparición que significa la oportunidad de ser visto. La pluralidad dentro del espacio de las prácticas restaurativas permite dar razón de un mundo en común que comparten la víctima, el ofensor y la comunidad. Cada participante tiene su propia perspectiva sobre el hecho injusto que los convoca. Hay una voluntad común de exponerse y aparecer. No se conocen los resultados que puede tener el diálogo, pero hay disposición a estar ante el otro y contar la historia personal acerca de cómo se vivió el hecho delictivo.

En el marco de los fundamentos de la acción, se puede señalar que la injusticia convoca al encuentro. Este es un elemento que a la vez conecta y separa a cada uno de los participantes. La pluralidad de posiciones con puntos de vista distintos remite a un mismo objeto. En el caso de la justicia restaurativa, el objeto es construir un relato común sobre un hecho pasado en el que se experimentó la injusticia, para que la víctima, el ofensor y la comunidad reconozcan el impacto de lo que sucedió y cómo afectó principalmente a las víctimas. En la recuperación de lo ocurrido se busca que cada quien asuma su responsabilidad y comience un proceso para reincorporarse a la vida en común.

En relación a las consideraciones anteriores, se puede señalar que en las prácticas restaurativas se da un modelo de interacción despojado de violencia y coerción, que supone el intercambio libre de una auténtica pluralidad de experiencias de la víctima, el ofensor y otros miembros de la comunidad que vivieron el mismo hecho delictivo. En este espacio de diálogo y acción no es la fuerza sino la palabra lo que ayuda a reconstruir los hechos para sanar las heridas de la injusticia. El poder se expresa en actos que buscan restaurar relaciones humanas. Es decir, sanar heridas ocasionadas por la violencia. La finalidad es que la persona recupere confianza en su entorno social.

La víctima, el ofensor y los miembros de la comunidad se reconocen parte de un espacio donde las exigencias de justicia no se reducen a lo cuantificable en términos económicos. Cada quien participa de una búsqueda de justicia que trasciende la reparación material. Lo anterior significa que se busca resignificar lo que pasó, se pretende que la víctima recupere seguridad y sentido de vida. Esto no se corresponde con una administración de justicia que se reduce a la compensación monetaria y a la lógica de la administración pública en términos de Hannah Arendt²⁰¹.

²⁰¹ Cfr. *Ibid.*, p. 66.

El paradigma restaurativo recupera la dimensión de trascendencia de la esfera pública porque los participantes buscan satisfacer exigencias que trascienden el ámbito de las necesidades materiales. Las respuestas del ofensor a la víctima acerca de lo ocurrido, la aceptación de que hizo un mal y su manifestación de arrepentimiento son aspectos de una experiencia que marca la vida de la víctima, del ofensor y de otros miembros de la comunidad.

Dados los argumentos que anteceden, se puede señalar que la vinculación entre la reflexión filosófica de Arendt y los espacios de diálogo del paradigma restaurativo puede ser fecunda para el pensamiento político. Esta breve aproximación reveló la importancia de recuperar la experiencia injusta, a partir de una reconstrucción de los hechos que se basa en la pluralidad y el espacio de la aparición, para que el ofensor y la comunidad puedan asumir su responsabilidad e iniciar un proceso de sanación de los daños ocasionados a las víctimas. Lo anterior conduce a las consideraciones de Arendt sobre la trama de las relaciones humanas.

3.1.1.2.- La trama de las relaciones humanas

Hannah Arendt establece lo siguiente:

La esfera de los asuntos humanos, estrictamente hablando, está formada por la trama de las relaciones humanas que existe donde quiera que los hombres viven juntos. La revelación del “quien”, mediante el discurso, y el establecimiento de un nuevo comienzo a través de la acción, cae siempre dentro de la ya existente trama donde pueden sentirse sus inmediatas consecuencias²⁰².

La acción es la posibilidad política de un inicio y el discurso es el medio por el cual se revela un “quien”. Esto surge dentro de una trama en la que toda vida individual puede contarse como parte de la historia que es la gran narración sin comienzo ni fin. Arendt afirma que la trama es parte del mundo objetivo de las cosas, pero los seres humanos se revelan por el discurso como personas únicas y distintas, cuyas historias vitales entran en un proceso que al final emerge como la única historia de la vida en el libro de narraciones de la humanidad²⁰³. La acción es la razón de que toda vida humana cuente su narración y de que en último término la historia sea un gran libro de la humanidad. En la

²⁰² *Ibid.*, p. 207.

²⁰³ *Cfr. Ibid.*, pp. 207-208.

trama de las relaciones humanas, con sus innumerables y conflictivas voluntades e intenciones, se producen historias con o sin intención de manera tan natural como la fabricación produce cosas tangibles. La acción, a diferencia de la fabricación, nunca es posible en aislamiento; estar aislado es carecer de la capacidad para actuar. La acción y el discurso necesitan la presencia de los otros. El actor siempre se mueve entre y en relaciones con los otros. La esfera pública, como ya se ha expresado, surge del actuar juntos, de compartir palabras y actos²⁰⁴.

El desconcierto de la filosofía de la historia en la época moderna surge cuando la historia se asume como un todo donde cada ser humano es sustituido como protagonista por la “humanidad”, la cual supone una abstracción que nunca puede llegar a ser agente activo. Arendt expone que en la filosofía política ha sucedido lo mismo. Ante los acontecimientos se forma una historia con un único significado en el que se aísla al agente que puso el proceso en movimiento y, aunque éste sea el protagonista, nunca es posible señalarlo de manera inequívoca como autor del resultado final²⁰⁵. Para Hannah Arendt, los asuntos humanos se fueron concibiendo desde Platón como acciones de los hombres que parecen gestos de marionetas guiadas por una mano invisible que se halla tras la escena. Posteriormente la Providencia, la mano invisible, la Naturaleza, el espíritu del mundo y el interés de clase, muestran cómo los filósofos cristianos y modernos intentaron resolver que la historia no es hecha por los seres humanos. Lo anterior desdibuja la acción de los seres humanos en la historia y conduce a una interpretación errónea que termina por generar una historia ficticia en la que se pierde la historia real que sólo puede ser revelada por quien la hizo²⁰⁶. La historia que es contada por su propio protagonista permite tener una comprensión distinta de los hechos. Esto facilita que las acciones puedan ser asumidas y perdonadas, según sea el caso, por quien padece los efectos muchas veces negativos de ciertos modos de actuar. La oportunidad de recuperar historias permite que las personas se comprometan a no cometer los mismos errores.

Ser perdonados implica que se puede ser liberado de la carga de lo que se ha hecho. Por otra parte, si no se pudiera uno obligar a cumplir las promesas no sería posible la identidad que sólo se confirma dentro de la esfera pública con la presencia de los demás. Ambas facultades dependen de la pluralidad, de la presencia y actuación de los otros, ya que nadie puede comprometerse ni perdonarse en soledad o aislamiento. El perdón es la alternativa que siendo opuesta al castigo tiene en común con éste que busca finalizar algo que sin interferencia proseguiría de forma indefinida. Por su parte, el poder de la

²⁰⁴ Cfr. *Loc. cit.*

²⁰⁵ Cfr., *Ibid.*, pp. 208-209.

²⁰⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 209-210.

promesa siempre ha estado en el centro del pensamiento político como posibilidad de construir a futuro. Ésta se sustenta en su poder estabilizador. Es un elemento que atenúa la imposibilidad de predecir lo que sucederá. Esta facultad dota a la esfera pública de confianza, lo que Hannah Arendt llama “la oscuridad del corazón humano”, que es la falta de garantía ante el proceder humano debido a la libertad y la imposibilidad de seguir siendo dueño único de lo que se hace. En estas condiciones, confiar en el futuro es el precio que exige la pluralidad y la realidad²⁰⁷.

Tras estas reflexiones en torno a la trama de las relaciones, resulta oportuno señalar algunos aspectos que pueden ayudar a fundamentar la narración, la memoria y la facultad de perdonar y hacer promesas en las prácticas restaurativas. Esto último es la base de los acuerdos que realizan la víctima, el ofensor y la comunidad para reparar el daño.

El espacio de diálogo del paradigma restaurativo puede ser iluminado por la trama de las relaciones. En los encuentros restaurativos se puede concebir la presencia de una red que se forma a partir de las historias de las personas que experimentaron un mismo hecho delictivo. La trama que comparten las personas en torno a la injusticia cometida las vincula en un deseo de clarificar el acontecimiento pasado. La narrativa, que se despliega en la justicia restaurativa permite cuestionar el hecho injusto para hacerlo emerger con una nueva luz que supere el olvido que lastima a las víctimas y a la comunidad. En este caso se rescata el testimonio de aquellos que quieren expresar públicamente sus sentimientos y sus búsquedas de sentido después de lo que sucedió. Las víctimas en muchas ocasiones buscan que el acontecimiento deje una huella que verdaderamente comprometa y reconstruya la propia vida, la del ofensor y la de la comunidad. En este sentido la trama de las relaciones humanas se da en la justicia restaurativa y posibilita el surgimiento de historias dentro de un espacio concertado. Más allá de la intencionalidad de las partes, los involucrados pueden llegar a concebir una experiencia que los acerca a aquellas exigencias de justicia que suelen ser desatendidas en los procedimientos judiciales del Estado. Es decir, la intención es ir a los casos particulares como medio de acceso al pasado. Esto tiene una profunda relación con la propuesta de Arendt, con la diferencia de que la justicia restaurativa sí concibe que estos relatos respondan a necesidades concretas de la víctima. El reconocimiento de los hechos no se impone, sino que se construye en común. La construcción de la justicia se da a partir de aquellos fragmentos de la historia en torno al hecho injusto. Se busca que los hechos sean alumbrados en lo público a través de los relatos personales.

²⁰⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 257- 263.

Los participantes de las prácticas restaurativas entran al diálogo con exigencias personales que buscan satisfacerse y cuyo sentido de justicia puede trascender el mero interés individualista. Se tiene un deseo sincero de encontrarse con los otros para ayudarlos a sanar sus heridas. La justicia restaurativa ha registrado casos donde la víctima ha expresado su intención de ayudar al ofensor a recuperarse y a encontrar sentido a partir de una experiencia que también lo ha herido. Los teóricos de la justicia restaurativa han insistido en que el perdón no es el objetivo principal de estas prácticas, sino atender las necesidades de las víctimas que buscan resignificar los hechos para encontrarles sentido; sin embargo, la manera en que se propone que se comparta la vida a través de relatos abre la posibilidad del perdón; sin que éste por ningún motivo pueda imponerse. En este sentido la explicación de Hannah Arendt sobre el perdón puede resultar esclarecedora.

El perdón no sirve para deshacer los actos del pasado y tampoco significa el olvido de lo que ocurrió. El perdón representa la posibilidad de concebir un inicio que permita a la víctima una significación de lo sucedido y al ofensor le brinda la oportunidad también de comenzar, de no ser estigmatizado por lo que hizo. La experiencia del perdón permite que la víctima y el ofensor se recuperen de un pasado que los atrapa en una red de contradicciones. Esta oportunidad exonera de lo que se ha hecho para poder reiniciar como personas libres. Esto es la reconciliación. El perdón requiere de la pluralidad, es decir, del encuentro con el otro que reconoce la humanidad de aquel con quien se encuentra y que escucha su perspectiva para poder sentir y pensar desde su posición.

En la justicia restaurativa la promesa es la confianza que nace de compartir narraciones; es la base de los acuerdos para solucionar el conflicto y buscar responder a necesidades y exigencias de la víctima y la comunidad. La promesa nace de la confianza que se da por encima, como señala Arendt, de la oscuridad del corazón humano²⁰⁸. La experiencia en los espacios restaurativos reconfigura la subjetividad de las personas que participan. Eso mismo permite que su proceder en el mañana tenga una estabilidad. El compromiso ante los demás nace de la esperanza puesta en el arrepentimiento y cambio del sujeto en su manera de relacionarse con los otros. Aquello que se promete se sostiene en un espacio de encuentro que deja huella en los sujetos.

En síntesis, las prácticas restaurativas son espacios de diálogo en los que se reconoce la pluralidad. Sus participantes interactúan y comparten su propia historia sobre el conflicto para conformar una sola narrativa en la que cada quien asume su libertad y responsabilidad. Estos espacios fomentan la

²⁰⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 263.

capacidad de actuar concertadamente. Es importante señalar que el paradigma restaurativo es una forma de abordar conflictos que *juzga* sobre lo que pasó. Los acuerdos suponen que las partes reconocen la injusticia del hecho. El ofensor comprende que hizo daño a otros seres humanos. En este sentido el análisis de Arendt sobre la comprensión y el juicio pueden ayudar a entender cómo se juzgan las acciones en el enfoque restaurativo.

3.1.1.3.- Análisis de la comprensión y el juicio en Hannah Arendt

En el pensamiento de Hannah Arendt, el análisis del juicio sobre los acontecimientos políticos e históricos proporciona elementos para entender cómo se juzga la injusticia en las prácticas restaurativas. Para la filósofa alemana, la comprensión es la otra cara de la acción, esto es, una forma de cognición por la cual los seres humanos que actúan pueden aceptar los hechos irrevocables del pasado. La facultad de juzgar es la capacidad para enfrentar los hechos pasados que pueden calificarse como injustos e incomprensibles²⁰⁹.

La relación entre comprensión y política en Arendt tiene como referente el totalitarismo en Europa. En este contexto histórico su pensamiento intentó buscar una forma de reconciliarse con hechos que derrumbaron las categorías del pensamiento político y los criterios de juicio moral. Las atrocidades cometidas durante el Holocausto condujeron a esta pensadora alemana a reconocer acontecimientos injustos que marcan profundamente la vida. Estos hechos imponen la necesidad de buscar un sentido a lo que pasó para juzgar y seguir adelante. La reconciliación es un proceso de aceptación de acontecimientos pasados, que no equivale a una actitud de resignación o negación²¹⁰.

Hannah Arendt realizó un análisis del juicio político a partir de su propia interpretación de una parte del pensamiento kantiano. Recurre a la filosofía de Kant porque advierte que el juicio sobre lo que una persona narra en un espacio de pluralidad se asemeja a lo expuesto por el pensador de Königsberg en *La crítica del juicio*. A propósito, Neus Campillo señala lo siguiente:

¿Por qué acude a la obra de Kant? El mapa de la razón trazado por Kant permite que sea la razón, con sus ideas “regulativas”, la que venga en ayuda del juicio, pero la facultad de juzgar, diferenciada de las otras facultades –razón teórica y razón práctica–, tendrá su propia forma de proceder. El problema de las relaciones teoría-práctica adquiere así una separación de niveles que permite considerar el juzgar no como una cuestión de lógica (“No se llega a enjuiciar ni por deducción, ni por inducción”) sino

²⁰⁹ Cfr. Hannah Arendt. “Comprensión y política” en *De la historia a la acción*. Barcelona. Paidós, 1995, p. 44.

²¹⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 30.

como una cuestión que enlaza con el “gusto” y que, por lo tanto, pertenece al reino de la estética, siendo el juicio un “talento” peculiar que no puede ser enseñado, sino solo practicado²¹¹.

Conforme a ello, es posible afirmar que las reflexiones de Kant en la *Crítica del Juicio* sirven a Hannah Arendt para formular una parte importante de su pensamiento político. Esta pensadora extrae elementos de la obra de Kant que corresponden al ámbito de la estética y los transfiere al terreno de la política; establece que los juicios estéticos y políticos se fundan en la intercomunicación, que es una vocación natural de la humanidad²¹².

Es importante enfatizar que Arendt formuló una filosofía política que, inspirada en el pensamiento kantiano, propone que el juzgar se relaciona con los particulares. Pero el planteamiento de Kant le interesa a Arendt por varios motivos. En primer lugar, reconoce al ser humano en sociedad. Kant se refiere a la persona como parte de la especie humana. Por otra parte, la mayor diferencia con la *Crítica de la Razón Práctica* es que ésta establece imperativos morales, mientras que el juicio proviene de una actitud contemplativa²¹³.

La mayoría de los intérpretes de Hannah Arendt coinciden en que el proceso de Eichman constituyó un importante detonador de la reflexión sobre el juicio. Por una parte, el caso de Eichmann condujo a pensar el juicio y su relación con la incapacidad de distinguir lo correcto de lo incorrecto; por otra, abrió la reflexión sobre el juicio del historiador y la responsabilidad humana de participar, como parte de la Historia, en la reconciliación con un mundo en el que el horror fue posible. Esta comprensión del juicio puede dotar de inteligibilidad política al pasado²¹⁴. La propuesta de Hannah Arendt sobre la capacidad de juzgar los hechos políticos del pasado y poder reconciliarse con ellos, es un aspecto de su pensamiento que puede ayudar a entender cómo se juzgan los hechos delictivos en un proceso restaurativo. En este sentido es oportuno hacer algunas consideraciones al respecto.

La capacidad de juzgar en la política se funda en el gusto. Esto revela que cuando en la esfera pública se reclama una verdad absoluta se termina perdiendo la capacidad del ser humano de actuar políticamente por medio de la opinión y no por medio de la imposición de una verdad concebida como

²¹¹ Neus Campillo. “Comprensión y juicio en Hannah Arendt” en *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*. Murcia: Universidad de Murcia, número 26, 2002, pp. 125-140, p. 128 (Consultado el 25 VI 2016). Disponible en Internet: <http://revistas.um.es/daimon/article/view/11911>

²¹² Cfr. Hannah Arendt. *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*. Barcelona. Paidós, 2003, pp. 79-80.

²¹³ Cfr. *Ibid.*, p. 129.

²¹⁴ Cfr. Roland Beiner. “Hannah Arendt y la facultad de juzgar” en Arendt Hannah. *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*. Barcelona: Paidós, 2003, pp. 175-177.

irrefutable. La opinión se forma a partir de la consideración de los diferentes puntos de vista que se dan en el espacio de aparición. En este escenario es importante recordar los criterios de los que están ausentes, es decir, es necesario representarlos. Este proceso de representación implica un ejercicio de la imaginación que consiste en ponerse en la mente de los otros; no es adoptar ciegamente sus propias perspectivas y anular la propia manera de ser y de sentir; antes bien, lo que se propone es que cada quien se imagine cómo sentiría y pensaría si estuviera en el lugar de los otros. Lo anterior permite que se pueda valorar y determinar un asunto²¹⁵.

En el juicio estético se concibe la imaginación como la capacidad de hacer presente lo ausente, de transformar los objetos de los sentidos objetivos en objetos sentidos, a pesar de ser objetos de un sentido exterior. La operación realizada tiene como consecuencia una percepción de lo representado²¹⁶. Kant expone el concepto de amplitud de la mente en la *Crítica del Juicio*. Este es un ejercicio que consiste en comparar el propio juicio con el de los otros e imaginar cómo sería estar en su posición. Para Hannah Arendt el ser humano desarrolla la capacidad política cuando tiene la susceptibilidad de entrar en los puntos de vista potenciales de los otros. En este sentido, juzgar supone comprender el objeto desde diferentes posiciones. Esto requiere un ejercicio de imaginación que sólo puede realizar aquel espectador que puede emitir un veredicto con independencia de sus intereses personales²¹⁷.

Uno de los problemas que enfrenta el pensamiento político arendtiano ante el concepto de mentalidad amplia, es la relación entre el universal y el particular. Neus Campillo señala que:

El problema está en que todo juicio tiene la pretensión de validez universal y necesidad, por lo que no puede descansar su principio determinante en el placer o displacer. Kant da la siguiente respuesta: "Debe descansar al mismo tiempo en una regla de las facultades superiores del conocimiento, y en este caso, en una regla del Juicio, que por tanto es legislador con respecto a las condiciones de la reflexión *a priori* y demuestra autonomía; pero esta autonomía no es objetiva (como la del entendimiento en las leyes prácticas de la libertad), es decir, por medio de conceptos de cosas o acciones posibles, sino meramente subjetiva, válida para el juicio basado en el sentimiento, el cual si puede aspirar a la validez universal, demuestra su origen fundado en principio *a priori*". Al plantearse este problema de la relación entre el universal y el particular, Arendt insiste en las posibilidades de la obra de Kant para dar respuestas. Mediante el análisis de la noción de "validez ejemplar"²¹⁸.

²¹⁵ Cfr. Hannah Arendt. *Conferencias...*, pp. 82-85.

²¹⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 126-127.

²¹⁷ Cfr. Neus Campillo. "Comprensión y juicio...", pp. 134-135.

²¹⁸ *Ibid.*, pp. 136-137.

Resulta complicado no pretender subsumir el particular en una regla o principio. Este problema conduce a la filósofa alemana a introducir la noción kantiana de esquema para elaborar su noción de validez ejemplar. Este término implica la selección de un particular que sirve para construir un ejemplar. El particular no pierde su carácter, pero sirve para revelar la generalidad que no podría determinarse de otra manera²¹⁹.

Tras el análisis del juicio desde los planteamientos kantianos y las reelaboraciones arendtianas, se propone partir de los elementos expuestos y dotar a los espacios restaurativos de una comprensión filosófica. Los argumentos de estos filósofos son un camino de reflexión ante la falta de herramientas de comprensión provocada por el delito, y pueden ayudar a entender cómo se accede a una comprensión distinta de un hecho injusto a través del paradigma restaurativo.

En estos espacios se enfrentan situaciones difíciles del pasado, que en muchas ocasiones son crímenes graves en los que se experimenta la ausencia de todo recurso de comprensión. En este aspecto, la reflexión filosófica de Hannah Arendt sobre la facultad de juzgar emerge del mismo tipo de condiciones históricas. Para ella, el horror inusual del totalitarismo deshace todo criterio de juicio que implique la aplicación de una regla general a un hecho particular al que, de entrada, resulta complicado encontrarle sentido²²⁰. Las personas que deciden participar en un espacio de diálogo restaurativo reconocen que las normas del Derecho son insuficientes para sus exigencias de justicia. En concordancia con el planteamiento de Arendt, las categorías preconcebidas y el conjunto de reglas consuetudinarias que constituyen la moralidad resultan insuficientes²²¹.

La justicia restaurativa promueve que los sujetos participen con una forma de cognición cercana a la concebida por Arendt. En estas prácticas se determina lo injusto del hecho. El reconocimiento por parte del ofensor de su participación en el crimen es una condición para la realización del espacio de encuentro. Las personas que participan en estas prácticas entran en un espacio de diálogo donde es posible reconciliarse con lo que pasó y recuperar un sentido para seguir adelante con sus vidas.

La actividad que se desarrolla promueve que la víctima, el ofensor y la comunidad reconozcan su condición humana por encima de cualquier tipo de estigmatización. La justicia restaurativa pretende humanizar a todos los afectados. La propuesta de Arendt parte del mismo objetivo. Reconoce que para

²¹⁹ Cfr. Hannah Arendt. *Conferencias...*, p. 141-142.

²²⁰ Cfr. Ronald Beiner, "Hannah Arendt...", pp. 166-167.

²²¹ Cfr. Hannah Arendt. "Comprensión y política" en *De la historia a la acción*. Barcelona. Paidós, 1995, p. 44.

juzgar la experiencia del Holocausto se tiene que abandonar la pretensión de presentar a los criminales como criaturas infrahumanas, incapaces de juicio. El juicio humano, que se desprende del pensamiento de Arendt y de los espacios de justicia restaurativa, concibe que quienes son juzgados no son seres monstruosos sino simplemente seres humanos²²².

En los espacios que se conforman en la justicia restaurativa se pueden tratar situaciones que se resisten a ser asimiladas por las víctimas de un modo humanamente inteligible. Sin embargo, se reconoce que pueden ser juzgadas de una manera que posibilite reconciliarse con el pasado. Esto es, encontrar en el diálogo con el ofensor una mayor claridad de lo que sucedió, entender situaciones que influyeron sobre la realización del delito y conformar una narración de los hechos que permita superar la condición de víctima y pasar a ser un sobreviviente. Es aceptar que lo que pasó fue injusto y que el ofensor lo reconoce. Las partes involucradas asumen una actitud no de resignación, sino de apertura a la sanación de sus heridas para continuar con sus vidas. La reconciliación, en estos términos, es la recuperación de la armonía y del sentido en la vida. Estos son beneficios que trascienden la mera retribución económica por el daño causado o los efectos del castigo sobre el ofensor. El juicio de los acontecimientos concuerda con el pensamiento de Arendt en que no pretende centrarse en la culpabilidad mirando al pasado, sino en dotar de inteligibilidad y sentido a lo ocurrido para buscar acuerdos y determinaciones constructivas en el presente. Es importante señalar también que las prácticas restaurativas coinciden con el planteamiento de Arendt en concebir un espacio público donde se busca lo trascendente, lo que supera el pasado y el futuro y que deja una huella²²³.

El paradigma restaurativo, en coincidencia con el planteamiento político arendtiano, se opone a que el juicio sea la imposición de una verdad absoluta y da lugar a la opinión como facultad política relevante. El significado de la opinión se puede ilustrar en las prácticas restaurativas con la manera en que los afectados comparten su experiencia. La opinión se constituye a partir de la condición humana de la pluralidad. Se forma tras considerar el asunto desde diversos puntos de vista. En estas prácticas de justicia se tiene la oportunidad de escuchar y ver cómo los otros comparten lo que vivieron, lo cual puede conducir a que cada uno imagine cómo sería estar en el lugar de los otros. Este proceso de formación de la opinión permite que un asunto particular se dialogue en un espacio para apreciarlo desde diferentes perspectivas. Esto conduce a que la comprensión humana se logre con una mayor transparencia.

²²² Cfr. Ronald Beiner, "Hannah Arendt...", p. 173.

²²³ Cfr. Hannah Arendt. *La condición...*, pp. 65-66.

La facultad de juzgar sobre crímenes y otras injusticias en los espacios de diálogo restaurativos espera que la persona llegue al encuentro con los otros a partir de una experiencia que no está libre de los propios intereses. Las personas buscan respuestas ante lo que les sucedió y la justicia restaurativa se orienta a satisfacer las necesidades que las víctimas sienten insatisfechas en los procedimientos del Estado. En este aspecto, su posición no corresponde al desinterés y a la libertad de los intereses privados que Arendt pone como condición para la imaginación. En la justicia restaurativa se tienen necesidades personales que buscan ser satisfechas, pero esa misma exigencia de justicia trasciende el ámbito personal para convertirse en un espacio de reconstrucción del suceso común. La víctima, el ofensor y la comunidad comparten una misma necesidad: la búsqueda de sentido ante lo que pasó.

En resumen, la justicia restaurativa brinda la oportunidad de escuchar diferentes historias sobre un mismo hecho considerado injusto. Abre la posibilidad de reencontrarse con la humanidad de los otros y permite comprender el pasado doloroso con una responsabilidad compartida. Esta experiencia reconfigura la subjetividad de las personas que participan en este proceso. Se trata de una práctica que supera el mero momento de la aparición. Lo anterior se puede reflexionar a través de una propuesta de fundamentación de la subjetividad que se va conformando en las prácticas restaurativas. El ser humano concibe que sus acciones repercuten en la vida de los demás. Para este propósito pasaremos a estudiar algunos elementos del trabajo intelectual de Alasdair MacIntyre.

3.1.2.-Reinvención de los sujetos en las prácticas restaurativas. Una propuesta de fundamentación basada en el pensamiento moral de Alasdair MacIntyre

La *Ética a Nicómaco* de Aristóteles sigue siendo un referente filosófico fundamental en ética y política. Este pensador griego concibe la felicidad como consecuencia de una vida virtuosa, lo que implica un ejercicio continuo: la virtud no es innata sino producto de la educación mediante la reiteración de actos virtuosos. Aristóteles consideró que un ser humano virtuoso se puede identificar por su sentimiento de placer ante la actividad virtuosa y su manera de elegir entre los placeres y los dolores. La elección virtuosa es el justo medio entre dos vicios. Esta regla establece cómo elegir lo mejor ante una situación determinada. La virtud no es un fin en sí mismo. Las virtudes son disposiciones que salen a relucir en los tipos de acción que manifiestan la excelencia humana²²⁴.

²²⁴ Cfr. Alasdair MacIntyre. *Historia de la Ética*. Barcelona: Paidós, 1966, pp. 79-87.

Alasdair MacIntyre, pensador escocés, en su obra *Tras la virtud* propone refundar una moral que recupere la ética de Aristóteles. Su pensamiento filosófico se inserta en la polémica relativa al liberalismo *versus* comunitarismo y, en concreto, en la controversia sobre las distintas concepciones de la justicia²²⁵. Su trabajo representa una aportación importante en la reflexión ética y política contemporánea.

MacIntyre afirma que la virtud implica un ejercicio cotidiano. En este sentido la justicia, como virtud, es relevante. No es la virtud de las instituciones sino de la participación en los asuntos de la comunidad. Para actuar virtuosamente en la comunidad el sujeto necesita una educación moral a través de la práctica. Este pensador define la vida buena en los siguientes términos: “es la vida dedicada a buscar la vida buena para el hombre y las virtudes necesarias para la búsqueda son aquellas que nos capacitan para entender más y mejor lo que la vida buena para el hombre es”²²⁶.

En lo que sigue se expondrán los conceptos de práctica y orden narrativo de la vida humana que MacIntyre expone en *Tras la virtud*. Posteriormente se utilizarán éstos para dar cuenta filosóficamente de la reinención de los sujetos en las prácticas restaurativas.

3.1.2.1.- La práctica según Alasdair MacIntyre

MacIntyre expone que dentro del aristotelismo hay dos formas de acercarse a la educación moral. Una, en donde se requiere la idea filosófica del bien común como requisito previo para la formación moral. Este camino es un error porque nunca se conseguirá formar el carácter de los seres humanos a partir de análisis teóricos. Por otro lado, se encuentra la praxis social que nos permite acercarnos a lo bueno y educarnos en el bien. MacIntyre se inspira en el pensamiento de Aristóteles y concibe que el camino para la virtud es la práctica, a la que define como:

Cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma mientras se intentan lograr los modelos de excelencia que le son apropiados a esa forma de actividad y la definen parcialmente, con el resultado de que la capacidad humana de lograr la excelencia y los conceptos humanos de los fines y bienes que conlleva se extienden sistemáticamente²²⁷.

²²⁵Cfr. Fernando Fernández-Llebrez González. “Una lectura interpretativa de *Tras la virtud* de Alasdair MacIntyre”. Madrid: Universidad Complutense. Departamento de Ciencia Política y Administración, 2010, número 10 (consultado el 18 de junio de 2016). Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3391896>

²²⁶ Alasdair MacIntyre. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, 2001, p. 271.

²²⁷ *Ibid*, p. 233.

Las prácticas no deben ser reducidas a un conjunto de habilidades técnicas. Su realización puede tener como consecuencia una transformación y un enriquecimiento que redundan en la ampliación de las facultades humanas. Las prácticas no tienen una meta fija, responden a un dinamismo histórico que hace que los objetivos se vayan transformando. Su ejercicio es una manera de entrar en relación con los practicantes del pasado y no sólo con los del presente. Es importante considerar a aquellos cuyos méritos elevaron el nivel de la práctica hasta su estado presente. Esto significa un proceso de aprendizaje que se va constituyendo²²⁸.

Las prácticas no deben confundirse con las instituciones. Estas últimas se conforman en términos de jerarquía y poder. Las instituciones dependen del dinero y los bienes materiales. Es oportuno precisar que las prácticas requieren de la institución para desarrollarse y sobrevivir, pero los ideales de la práctica son vulnerables a la codicia de la institución. MacIntyre enfatiza que la justicia, el valor y la veracidad son “virtudes” extensas, porque son necesarias en muchísimas prácticas, por no decir en todas, y ayudan a resistir la corrupción de las instituciones. Por otra parte, las prácticas deben estar sometidas a una revisión constante de la manera en que se van realizando. No están exentas de la crítica moral²²⁹.

Las prácticas requieren la obediencia a ciertas reglas para lograr modelos de excelencia que les son propios. MacIntyre puntualiza que entrar en una práctica es aceptar la autoridad de esos modelos y asumir que la propia actuación será juzgada bajo ciertos criterios. En las prácticas, las elecciones, preferencias y actitudes de cada persona quedan sujetas al modelo. Lo anterior no significa que los modelos sean inmunes a la crítica, pero indica que es indispensable partir de los mejores modelos realizados hasta el momento²³⁰.

En las prácticas se obtienen bienes internos y externos. Los bienes externos no son inherentes y específicos a la práctica, se pueden obtener por otros medios y son propiedad y posesión de quien los logra. Por su parte, los bienes internos sólo se pueden obtener en una determinada práctica. Representan un bien para toda la comunidad y no para provecho exclusivo de uno de sus miembros.

²²⁸ *Cfr. Ibid., pp. 240-241.*

²²⁹ *Cfr. Ibid. 241-248.*

²³⁰ *Cfr. Ibid., p. 236.*

Los bienes internos sólo los puede poseer quien participa en las prácticas y en consecuencia puede identificarlos y reconocerlos²³¹.

Como se había dicho antes, el valor, la honestidad y la justicia son virtudes o cualidades fundamentales para participar en las prácticas y poder acceder a los bienes que le son propios. El valor es la capacidad para afrontar daños o peligros; tiene un papel en la vida humana dada su conexión con el cuidado y el interés. La honestidad representa la disposición para conducirse con veracidad. La justicia exige que tratemos a los demás, en lo que respecta a mérito o merecimiento, con arreglo a normas uniformes e impersonales²³².

MacIntyre sostiene que sociedades diferentes presentan códigos distintos de veracidad, justicia y valor. Sin embargo, estas virtudes son la base para relacionarnos con los demás en cualquier tipo de sociedad. Lo anterior no implica que las prácticas no tengan vicios. El vicioso confía en las virtudes de los demás, pero se niega la experiencia de lograr los bienes internos que únicamente se consiguen si se participa con valor, veracidad y justicia²³³.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se pueden señalar algunas conexiones con la noción de prácticas restaurativas. Estas prácticas se conforman a partir de la voluntad de la víctima, el ofensor y miembros de la comunidad interesados en cooperar. En el desarrollo de estas prácticas los involucrados se ven inmersos en una experiencia donde pueden ir encontrando bienes internos, según la noción de MacIntyre, que no se dan en un procedimiento judicial del Estado. Por ejemplo, la capacidad de escuchar y atender otras perspectivas de lo que pasó, recuperar la propia seguridad y el sentido de vida. También ofrecen la oportunidad de acceder a una comprensión distinta del hecho delictivo y puede surgir el deseo de pedir perdón por parte del ofensor y la disposición de la víctima a reconciliarse con quien le hizo un daño. Éstos son bienes que responden a exigencias de justicia no satisfechas en los procedimientos del Estado y que se dan como fruto del dinamismo propio del paradigma restaurativo.

En la justicia restaurativa el castigo no es el objetivo principal. Se busca que cada persona asuma su responsabilidad ante las heridas y daños ocasionados. La restitución material y la compensación monetaria son bienes externos a dichas prácticas y responden a necesidades propias de cada

²³¹ *Cfr. Ibid.*, pp. 234-237.

²³² *Cfr. Ibid.*, pp. 238-239.

²³³ *Cfr. Ibid.*, p. 240.

participante. Lo que motiva a las personas para entrar a las prácticas restaurativas son los bienes internos que se pueden encontrar. Estos bienes posibilitan la reinención de cada uno de los sujetos que intervienen, porque abren la posibilidad de que cada persona se asuma como parte de un entramado de relaciones humanas donde sus actos influyen sobre la historia de los demás. Los actos humanos se entienden como parte de un contexto y no como resultado del libre albedrío sobre el que no influye la situación histórica. Reconocer la propia historia como parte de una narración más amplia permite que víctima y ofensor adquieran bienes internos que los reinventan como sujetos. La víctima supera su condición para ser un sobreviviente y el ofensor asume una responsabilidad que le permite reconocerse como un sujeto que es parte de una comunidad a la que afecta con sus acciones.

Las prácticas restaurativas pueden ser iluminadas por el concepto de excelencia de MacIntyre. En el desarrollo de las prácticas restaurativas no siempre se consigue satisfacer las necesidades de la víctima o cambiar su perspectiva sobre lo ocurrido. Sin embargo, el intento de optar por otra alternativa permite descubrir en el curso de la experiencia bienes internos a la práctica. Se reconoce que se avanza en un proceso, no lineal sino con declives, de nuevas formas de justicia donde el anhelo de lo justo aún insatisfecho se vislumbra como tarea que se debe continuar. Los participantes generalmente reconocen que tuvieron una experiencia que los acercó más a lo que entienden por justicia.

En las prácticas restaurativas se presentan modelos de excelencia. La víctima, el ofensor y la comunidad se someten a ciertas reglas que responden a los modelos que ha instituido el paradigma restaurativo. Los participantes aceptan las reglas que la teoría de la justicia restaurativa ha establecido. Estas prácticas exigen un deseo de justicia y un compromiso de honestidad y valor. En la justicia restaurativa, los componentes fundamentales de las prácticas que define MacIntyre son condiciones básicas para el encuentro entre víctima, ofensor y comunidad. De modo contrario se está ante un ejercicio inútil que sólo sirve como artificio para lograr los bienes externos, como podría ser, en el caso del ofensor, alcanzar beneficios en el juicio penal. También las prácticas restaurativas requieren valor para enfrentar dificultades que surgen en la preparación del encuentro y posteriormente en el desarrollo del mismo. La posibilidad para la víctima de estar ante el ofensor no es una experiencia fácil y requiere de valentía. La justicia restaurativa requiere fortaleza para recuperar el significado del hecho delictivo. La víctima tiene que actuar con la entereza suficiente para contar su historia de frente al ofensor, preguntar y obtener respuestas que pueden ser difíciles de escuchar. Por su parte, la honestidad es también fundamental para poder desarrollar confianza en la escucha de los diferentes relatos que se comparten. En la transparencia de los sentimientos y necesidades se

juega la posibilidad de que cada uno de los involucrados se reintegre positivamente a la sociedad. A partir de la expresión sincera del arrepentimiento del ofensor se pueden construir acuerdos que posibiliten responder de manera efectiva ante el daño ocasionado y caminar hacia la reconciliación. Por último, el enfoque restaurativo exige una disposición a lo justo. Es indispensable estar dispuesto a dar a cada quien lo que le corresponde.

La narrativa común que se puede tejer en las prácticas restaurativas tiene como bien interno un crecimiento de todos y no sólo de los individuos considerados como autosuficientes y separados de la comunidad. Es decir, la práctica de este enfoque de justicia no se limita a ser un conjunto de habilidades técnico-jurídicas, sino una búsqueda que se transforma y enriquece por la madurez de los sujetos, quienes asumen con una nueva perspectiva el conflicto. Es una oportunidad de crecimiento porque se aprende a reconocer la humanidad de aquellos que bajo el sistema penal moderno se conciben como enemigos de la sociedad, como anormales. Las personas aprenden a humanizar al ofensor y a no estigmatizarlo.

Por último, es importante destacar que las prácticas restaurativas, al igual que las prácticas concebidas por MacIntyre, no son instituciones. Los bienes que promueven superan la mera valoración material y económica. La justicia restaurativa fomenta una ética en el sujeto para construir relaciones humanas pacíficas. Estas prácticas se fundamentan en el encuentro de diferentes perspectivas para poder juzgar mediante un ejercicio de la imaginación los hechos que son motivo de conflicto. Esto significa ponerse en el lugar de las otras personas sin pretensiones de poder y jerarquía.

Las prácticas restaurativas son un ejercicio que intenta que la responsabilidad sobre los hechos delictivos se construya a partir de la comprensión del orden narrativo de la vida humana. La justicia se busca a partir de los relatos de quienes comparten su historia del hecho injusto para conformar una narración común. El paradigma restaurativo se sostiene en una promesa que se hacen la víctima, el ofensor y la comunidad. Éstos adquieren el compromiso de renovarse y confiar en un futuro que recupera el pasado y se alimenta de relatos y exigencias que no pueden ser olvidadas. El orden narrativo de la vida humana es un concepto de MacIntyre que permitirá profundizar en este punto.

3.1.2.2.- El orden narrativo de una vida humana única en el planteamiento de Alasdair MacIntyre

MacIntyre advierte que la reflexión filosófica tiende a concebir que un mismo segmento de la conducta humana pueda comprenderse de varias maneras. Al preguntarse por el sentido que tiene la acción desplegada por un agente son posibles diferentes respuestas sin faltar a la verdad. A la pregunta, ¿qué hace él? MacIntyre indica que la conducta puede ser entendida desde distintas historias narrativas. Es decir, la conducta no se puede caracterizar con independencia de las intenciones y éstas tienen que tomar en consideración las situaciones que las hacen inteligibles tanto a los mismos agentes como a los demás²³⁴.

En el planteamiento de MacIntyre la palabra “situación” se entiende como un término inclusivo. Una situación social tiene una historia, dentro de la cual no sólo se ubican las historias de los agentes individuales, sino que además no puede ser de otro modo, ya que, sin la situación y sus cambios en el tiempo, la historia del agente sería incomprensible. La conducta está implicada en una narrativa. Para entender la acción se busca identificar las intenciones debido a que éstas tienen que ser ordenadas tanto causal como temporalmente. Así se puede afirmar, según MacIntyre, que no existe una conducta identificable previa e independientemente de las intenciones, creencias y situaciones. La conducta sólo se puede desentrañar a partir de una narrativa en la que se encuentra implicada. MacIntyre concibe que cierta clase de historia narrativa sea el género básico para caracterizar las acciones humanas. Coloca las intenciones del agente dentro del orden causal y temporal por referencia a su papel en su historia y las coloca también con referencia a su papel en la historia de la situación o situaciones en que intervienen²³⁵.

MacIntyre critica que algunos filósofos analíticos han construido teorías de las acciones humanas que usan la noción central de “una acción humana”. Este razonamiento lo lleva a preguntarse cómo individualizar las acciones humanas cuando una línea de acontecimientos se contempla como una secuencia compleja de acciones individuales. Las acciones sólo se entienden dentro de un contexto y como parte de una secuencia que no se puede ignorar pues esto es lo que proporciona a la acción como tal una inteligibilidad. La importancia del concepto de inteligibilidad es que aporta la distinción básica entre las acciones humanas y las de otros seres. La inteligibilidad de las acciones humanas brinda la posibilidad de que ésta pueda ser imputable a alguien, porque supone que podemos contar

²³⁴ *Cfr. Ibid.*, pp. 254-255.

²³⁵ *Cfr. Ibid.*, pp. 256-257.

con un agente que nos dé cuenta inteligible de su proceder. MacIntyre reconoce que hay acciones muy difíciles de explicar y que ni siquiera podemos caracterizarlas mínimamente como acciones inteligibles; la distinción entre lo humanamente imputable y lo meramente natural se viene abajo²³⁶.

Para la inteligibilidad de los actos no basta con identificar los propósitos que pueden ser inteligibles o ininteligibles. MacIntyre señala lo siguiente: “Para identificar y entender lo que alguien hace siempre tratamos de colocar el episodio particular en el contexto de un conjunto de historias narrativas, historias tanto del individuo del que se trate como de los ambientes en que actúa y que actúan sobre él”²³⁷. Conforme a ello la vida se entiende en términos narrativos y la forma narrativa que se trasmite por la palabra puede permitir que aquellas acciones que se revelan como incomprensibles puedan ser entendidas. La explicación de las acciones humanas a partir de la narración permite reconocer que lo que el agente es capaz de decir y hacer inteligiblemente como actor está profundamente afectado por el hecho de que nunca se es más que coautor de la propia narración. En la vida las acciones se encuentran sometidas por una serie de limitaciones que revelan que nuestro propio drama tiene un papel subordinado en el drama de los demás y que cada drama limita a los demás²³⁸.

Sobre esta base, el ser humano es concebido como un animal que cuenta historias; es lo que define sus acciones y sus prácticas. El sujeto ético que propone MacIntyre sólo puede preguntar ¿qué voy a hacer? si puede contestar previamente a la pregunta, ¿de qué historia o historias me encuentro formando parte? El concepto narrativo del yo propuesto por MacIntyre implica ser responsable y dar cuenta de la propia conducta²³⁹. Por otra parte, el yo narrativo implica un sujeto que no sólo tiene que dar cuenta de su historia, sino que también puede pedir cuenta a los demás, es decir, puede cuestionar las conductas de los otros porque se reconoce parte de sus historias, del mismo modo como ellos son parte de la suya. En consecuencia, el relato de la vida de cualquier persona es parte de un conjunto de relatos interconectados. El hecho de pedir y dar cuenta es constitutivo de los relatos de cada persona²⁴⁰.

A partir de lo expuesto, se desea proponer que el concepto narrativo del yo de MacIntyre puede brindar elementos para fundamentar filosóficamente la reinención del sujeto que tiene lugar en las prácticas restaurativas, pues éstas se cimientan en una subjetividad en la que el ser humano reconoce su historia personal vinculada a la de los otros.

²³⁶ *Cfr. Ibid.*, pp. 257-259.

²³⁷ *Ibid.*, p. 261.

²³⁸ *Cfr. Ibid.*, p. 263.

²³⁹ *Cfr. Ibid.*, p. 268.

²⁴⁰ *Cfr. Ibid.*, p. 269.

En estas prácticas es primordial atender el daño que siguen sufriendo las víctimas, pero también es importante que el ofensor tenga la ocasión de explicar su conducta ante la incompreensión que suscitó su modo de actuar. La inteligibilidad de la conducta no sucede a partir de una comprensión individualizada del acto. En el caso de la justicia restaurativa el relato permite que las acciones se entiendan dentro de un contexto. En este sentido el ofensor puede expresar las situaciones que lo condujeron a ocasionar un daño.

Las prácticas restaurativas colocan el hecho particular en el contexto de un conjunto de relatos y perspectivas. Se recuperan las narraciones de la víctima, el ofensor y miembros de la comunidad para reconstruir el hecho y permitir que la víctima pueda obtener respuestas a lo ocurrido y recuperar un sentido de vida que se vio derrumbado por una conducta que no se puede comprender fácilmente con las categorías del pensamiento y que también destruye la confianza en las relaciones humanas. El ofensor, al recuperar su proceder de manera narrativa, puede experimentar lo que se ha denominado en otras partes de este trabajo como vergüenza reintegradora, que consiste en aceptar con honestidad el daño que ocasionó, desear con sinceridad repararlo y reintegrarse a una comunidad de la que se reconoce parte. Esto significa para el ofensor la oportunidad de sanar vínculos que se fueron desdibujando en su vida con otros seres humanos. Por su parte, la víctima puede conocer lo que vivió el ofensor; le da una voz a la parte de la historia que permanecía oscura e incompresible.

Los espacios de diálogo de la justicia restaurativa implican que cada participante debe de estar abierto a dar cuenta de lo que ha hecho, le ha sucedido o ha presenciado en relación con el conflicto. En este sentido, el facilitador de los espacios de justicia restaurativa tiene que acompañar a la víctima, al ofensor y a la comunidad en un proceso para reconocer sus necesidades, miedos y expectativas.

En resumen, las prácticas de justicia restaurativa reinventan a la persona a partir de un yo narrativo que puede ser fundamentado en algunos elementos expuestos por MacIntyre en *Tras la virtud*. El sujeto debe de estar abierto a dar cuenta de sus acciones, pero también puede pedir cuentas a los demás de las suyas porque se reconoce parte de sus historias, como ellos son parte de la suya. La justicia restaurativa promueve un sujeto que entiende su vida como parte de un conjunto de relatos interconectados.

La reflexión de algunos aspectos del pensamiento político de Hannah Arendt y la reflexión moral de Alasdair MacIntyre alumbran las prácticas de justicia restaurativa. Esto proporciona bases para un

trabajo filosófico acerca de una comprensión distinta de lo justo. Los referentes filosóficos de Arendt que se han planteado y su relación con el paradigma restaurativo conducen a cuestionar cómo se ha ejercido la facultad de juzgar los actos injustos en la sociedad. Por otra parte, los fundamentos morales que aporta MacIntyre invitan a reconocer las acciones humanas como parte de una narrativa. Por lo anterior, resulta pertinente revisar cómo estos referentes filosóficos ayudan a vislumbrar una forma distinta de entender la justicia ante la crisis del Derecho en la modernidad.

3.2.- Las implicaciones de la reflexión de los fundamentos filosóficos del enfoque restaurativo sobre las premisas del Estado moderno

Las prácticas restaurativas son mecanismos alternativos en el Derecho penal que se aproximan más a las necesidades y expectativas de las personas, a diferencia de los procedimientos del Estado. En este sentido, lo que se desea enfatizar es que las prácticas restaurativas no tienen que ser comprendidas como mecanismos de justicia exclusivos del ámbito penal. La propuesta ahora es confrontar los referentes filosóficos que han servido para iluminar a las prácticas restaurativas con las causas de la crisis del proyecto ético-jurídico de la modernidad. Esto permitirá reconocer que la justicia restaurativa responde a lo que su momento se señaló como insuficiencias del Derecho.

Las causas de la crisis del proyecto ético-jurídico de la modernidad que se van a examinar a partir de los referentes filosóficos que se han proporcionado son los siguientes: la institución del Derecho como una manera reglamentada de hacer la guerra, la conformación del sujeto individualista y el criterio de justicia del racionalismo jurídico. En relación con la primera causa se mostrará cómo la justicia restaurativa recupera necesidades y exigencias desestimadas por el Derecho. En lo que se refiere a la segunda se explicará el impacto de la pertenencia comunitaria en la comprensión de la libertad y la responsabilidad del sujeto. Finalmente, se contrastará la recuperación de contenidos en las prácticas restaurativas con la conformación del criterio de justicia del racionalismo jurídico.

3.2.1.- Las necesidades desestimadas por el Derecho y recuperadas en la justicia restaurativa

La recuperación de las historias personales en el paradigma restaurativo interpela al Estado acerca de la necesidad de la persona de ser escuchada. La posibilidad de ser escuchado no significa, como concibió el Estado, indagar en lo que la persona declara para poder deducir las consecuencias jurídicas. Un profundo sentido de lo justo se contiene en la palabra que espera ser escuchada para poner ante los

demás un relato de donde emerge lo que verdaderamente se busca para experimentar que se ha hecho justicia. El acto de poner a la norma por encima de la persona ha ocasionado que se desatendan los relatos de las personas que sufren injusticias. La solución de un conflicto no se puede reducir a la declaración y aplicación de una ley general y abstracta. El Derecho se ve rebasado al enfrentar necesidades que la norma muchas veces no puede prever o formular por su generalidad.

En el Derecho se tiene la garantía de ser escuchado y en su momento resultar vencedor, vencido o exonerado en juicio. La fundamentación de las prácticas restaurativas, entendidas desde el pensamiento de Hannah Arendt, permite reconocer que la escucha es un elemento central para recuperar a la persona a través de su relato, lo cual implica considerar los sentimientos que experimentó ante el acontecimiento. Esto significa que los hechos tienen que dejar de ser sólo elementos probatorios de una verdad jurídica. La justicia puede ser la oportunidad de que cada ser humano construya una opinión a partir de diferentes perspectivas.

Gracias al análisis de algunos elementos arendtianos en el paradigma restaurativo se descubre que la presencia de los demás es fundamental para buscar la justicia. Lo justo no se limita a un conjunto de normas comunes que garanticen el propio derecho. La búsqueda de la justicia supone estar dispuesto a salir al encuentro de los otros para compartir los contenidos de la propia experiencia (los miedos, las expectativas, las inquietudes) que no se tiene garantizado que se puedan cumplir. La justicia no puede quedar confinada a la confrontación de razonamientos jurídicos porque en estos argumentos no caben sentimientos y necesidades que exigen ser escuchados. Los relatos que se comparten contienen los deseos y búsquedas de justicia más hondos que alguien puede tener.

A las víctimas que sufrieron algún daño se les tiene que dar la oportunidad de empoderarse para actuar y decidir sobre lo que pasó. El Estado fundó su poder en la cesión que cada individuo hace del suyo para garantizar el cumplimiento de la ley. Este principio es la base para el mantenimiento de la legalidad. Las prácticas restaurativas revelan que las personas podrían recuperar parte de ese poder para aprender a gestionarse a sí mismas en sus conflictos.

El razonamiento que se acaba de exponer es uno de lo más delicados de la justicia restaurativa. En otro momento se indicó que dejar la determinación de lo justo en manos de los involucrados en el conflicto puede provocar el desconocimiento de derechos en los ofensores y la pérdida de garantías procesales. En este sentido, la justicia restaurativa parte del principio de voluntad y deseo de cooperación, que fue un aspecto del que se desconfió en el Estado moderno. En el proyecto jurídico de la modernidad se

concibe que no es posible confiar en la voluntad de cooperación de los demás, porque cada quien actúa en función de sus intereses y puede dejarse llevar por sus deseos de forma irracional y violenta. Sin embargo, el paradigma restaurativo desmonta este supuesto. Al comprender este paradigma con los elementos del pensamiento arendtiano se puede vislumbrar que la justicia no se agota en esta realidad. El interés egoísta es parte de la convivencia humana y es una realidad que acertadamente regula el Estado, pero no es un componente que determine toda práctica de justicia. Las prácticas restaurativas recuperan la posibilidad de confiar en los otros y de buscar la cooperación porque el ser humano no está determinado por el egoísmo y es capaz de ponerse en el lugar de los otros para satisfacer exigencias por encima de su propio interés. Un acontecimiento considerado injusto puede vincular a las personas a un nivel que permita reconocer que su historia está entramada en lo que los demás vivieron con respecto al mismo hecho. En este sentido, las exigencias de justicia y las necesidades de cada persona se vierten en un espacio donde se construye esa narrativa común que permite responder a muchas necesidades, búsquedas y anhelos. Es posible concebir espacios, como señala Hannah Arendt, donde se puede dar el perdón y la promesa²⁴¹.

Es viable pensar que la injusticia puede conducir a los seres humanos voluntariamente a cooperar para generar un diálogo que brinde sentido a ciertos acontecimientos y buscar así la reparación de los daños ocasionados. Lo anterior no sólo se agota en un espacio de aparición limitado a resolver un conflicto concreto, sino que también promueve que los sujetos que intervienen en él se apropien de una ética para la convivencia pacífica. Una persona que sabe enfocar su convivencia a partir del paradigma restaurativo se concibe como alguien autónomo, pero vinculado a los demás. Esta es la diferencia entre una práctica restaurativa y cualquier acto de justicia popular. El segundo puede terminar por desconocer los derechos fundamentales de los demás. A continuación, se profundizará más sobre las implicaciones de la conformación del sujeto en las prácticas restaurativas.

3.2.2.-El impacto de la pertenencia comunitaria en la comprensión de la libertad y la responsabilidad del sujeto

Las personas al participar como víctima, ofensor o miembros de la comunidad se van constituyendo como sujetos con una forma distinta de asumir sus determinaciones y acciones éticas ante los demás. La preparación de las prácticas restaurativas supone un proceso previo de formación y el acompañamiento de facilitadores a quienes intervienen en el proceso. Las personas que deciden

²⁴¹ Hannah Arendt. *La condición humana*. Op. cit., p. 256.

participar asumen que cada uno de ellos es un ser humano con una historia que merece ser escuchada y atendida. Se parte del respeto a la humanidad de los otros y de la consideración de sus derechos fundamentales. Las prácticas restaurativas conciben sujetos con una ética que se opone a cualquier acto de barbarie comunitaria.

Los que participan de las prácticas restaurativas comprenden que la justicia implica la pluralidad de perspectivas. Es importante juzgar los hechos sin olvidar el contexto en el que cada historia personal influye en las determinaciones y acciones de los demás. Lo anterior proporciona elementos para señalar que el sujeto ético que conciben estas prácticas tiene implicaciones sobre la conformación del sujeto individualista del Derecho y sobre el modelo de ciudadanía que fundó el Estado moderno. Las prácticas restaurativas revelan que el Derecho redujo la relación con los otros a una conducta de abstención. La consecuencia fue que el sujeto perdiera su sentido de pertenencia a un contexto que comparte con otros seres humanos. Estas prácticas reconocen exigencias, necesidades y búsquedas concretas que no pueden quedar subsumidas en un modelo hegemónico de ciudadano. Cada sujeto tiene necesidades según su contexto e historia. El legislador se ha hecho sordo a las narraciones de las personas y ha desestimado recuperar exigencias contextualizadas de algunos grupos sociales. Los derechos que reconoce el legislador muchas veces son producto de un proceso de abstracción desencarnada de los relatos de seres humanos que quisieran ser escuchados y atendidos. El modelo hegemónico de ciudadano es incapaz de abrirse a la pluralidad. Por su parte, el paradigma restaurativo concibe un sujeto ético que reconoce las diferentes perspectivas en torno a un mismo acontecimiento. Los relatos se comprenden dentro de un contexto plural que ha influido en la conformación de la identidad.

La justicia restaurativa, de forma análoga a algunos planteamientos comunitaristas, defiende una idea de libertad situada. Propone un sujeto que entiende que su búsqueda de justicia no tiene un carácter autosuficiente y no se reduce a que el Estado declare e imponga por la fuerza el respeto al derecho subjetivo transgredido. El sujeto es portador de una identidad que construye a partir de su relación con los otros dentro de un ambiente compartido. La justicia restaurativa, fundamentada en el juicio político de Arendt y en el yo narrativo de MacIntyre, permite la construcción de una narrativa donde caben muchas historias concretas de exigencias de justicia.

Conforme a los razonamientos expuestos, se puede afirmar que el paradigma restaurativo proporciona elementos para pensar un modelo de ciudadano que entiende que lo justo es resultado de una práctica personal y comunitaria. Esta praxis dota de contenidos a la justicia según las necesidades de las personas. La construcción de una nueva ciudadanía es posible a partir de prácticas donde se recupere

la capacidad de escuchar las historias de quienes exigen justicia. Lo importante de este ejercicio no está en los resultados posteriores a un proceso legislativo, es decir, la escucha y la atención a esas historias ya es en sí un paso en la realización de la justicia. El solo hecho de ser escuchado y de que se reconozca por los otros la historia de quien sufre una injusticia es un bien propio de la práctica.

Las personas pueden superar una comprensión de sus derechos centrada en sus propios intereses mediante una concepción de la justicia que se basa en la pluralidad de relatos. Esto muestra cómo los trabajos filosóficos de Arendt y MacIntyre pueden nutrir conceptos que se muestran débiles en el proyecto ético-jurídico de la modernidad. Una consecuencia sería mostrar las deficiencias de un concepto de ciudadanía homogéneo e igualitarista, que en ello es ciego a la diversidad de contextos y necesidades de cada ser humano. La pretensión universalista del racionalismo provocó que los derechos terminaran siendo formulaciones abstractas, ajenas a los atributos de cada sujeto según su historia y contexto. De esta forma el concepto de ciudadanía fue un medio de exclusión. La atribución de derechos sin consideración a los atributos se constituyó en una vía para la realización de prácticas de desigualdad legitimadas por el Estado; por ejemplo: la identificación del ciudadano con el individuo y de éste con el burgués, con lo cual la titularidad de los derechos quedaba de esta forma drásticamente restringida a una determinada clase social; la proyección de los derechos del ciudadano como potestades del hombre bajo un modelo de sociedad patriarcal que excluye un trato justo en consideración al género; la limitación de los derechos al estatus que otorga la ciudadanía, sin consideración a aquellos que no tienen dicha condición²⁴². Estos vacíos revelan que bajo la abstracción del concepto se desatienden la historia y el contexto concreto de diferentes grupos humanos marginados del proyecto de la modernidad. La manifestación más grave de esto ha sido que los sujetos experimenten que su historia no es escuchada y atendida por los demás. El sistema jurídico, con sus pretensiones de universalidad, ha terminado en muchas ocasiones por suprimir voces que continúan luchando por ser escuchados en sus necesidades según su contexto y su respectiva historia; por ejemplo, las mujeres, los indígenas, los grupos de otras razas, credos religiosos y los migrantes. En el plano de las relaciones humanas esto puede significar que la justicia se piense y se construya desde la pluralidad. Este concepto arendtiano coadyuva a ampliar la comprensión y construcción de espacios restaurativos que atiendan la realidad señalada y respondan positivamente a las necesidades de las personas asumiendo sus diferencias. El concepto de ciudadano puede comenzar a concebirse en otros términos, en los de una persona que no sólo se abstiene de no dañar los derechos de los demás, sino

²⁴² Alfonso de Julios Campuzano. "La paradoja de la ciudadanía, Inmigración y derechos en un mundo globalizado". Op. cit., pp. 2-3.

que se compromete a promover, restaurar y mantener una sociedad donde cada quien puede vivir conforme a su identidad.

El siguiente elemento en el que se desea profundizar es la recuperación de contenidos en las prácticas restaurativas. El paradigma restaurativo, en este sentido, es una respuesta a los excesos del racionalismo jurídico. Denuncia que la justicia no puede quedar reducida al cumplimiento de una norma general y abstracta. También demuestra que las personas tienen que recuperar su capacidad de actuar y decidir sobre sus conflictos y no dejarlos en manos de un legislador incapaz de prever y sancionar todas las situaciones que pueden surgir en una realidad histórica.

3.2.3.-La recuperación de contenidos en las prácticas restaurativas ante el criterio del racionalismo jurídico

Las prácticas restaurativas representan un ejercicio personal y comunitario donde lo justo representa una búsqueda que parte de la recuperación de contenidos y no queda reducida a un criterio positivista. La víctima, el ofensor y la comunidad no se limitan a buscar la aplicación de una norma. Lo importante en estas prácticas es que las personas, y principalmente la víctima, compartan su historia a partir de sus propias necesidades y sentimientos. La justicia se construye mediante el acto de compartir contenidos. Los facilitadores de las prácticas restaurativas pueden preparar las condiciones para un espacio conforme a ciertos criterios, pero lo que cada persona comparte y lo que se puede llegar a conseguir es una expectativa constante. Los efectos pueden no corresponder a todo lo que las partes esperaban. Se pueden encontrar respuestas o vivir situaciones que superan las expectativas de los participantes, como puede ser un gesto de perdón y reconciliación. La justicia que propone el paradigma restaurativo es el producto de una práctica en la que se buscan y descubren contenidos en la escucha y la posible empatía.

En este paradigma la justicia es una tarea permanente que se desarrolla junto con otros que comparten historias para satisfacer necesidades y expectativas. Estas prácticas representan para el Estado la prueba de que la justicia no se puede seguir pensando únicamente desde moldes abstractos de la razón que se desentienden de todo contenido. En este sentido, el juicio político de lo particular en Hannah Arendt es una forma de comenzar a reflexionar que la justicia requiere conformar ejemplares, es decir, situaciones que sin perder su particularidad sean una guía para responder a situaciones semejantes. La crítica a la razón abstracta a partir de las prácticas de justicia restaurativa tiene que cuidarse de caer en un relativismo igual de perjudicial que el racionalismo jurídico. Es importante que el planteamiento

no termine en una forma de comunitarismo que tenga como efecto concebir estructuras que puedan ser llenadas por contenidos no deseables. Es fundamental que el paradigma restaurativo no se entienda como una particularización insostenible en la solución de conflictos. La reflexión filosófica que aquí se propone acerca de la justicia restaurativa no representa el retorno a la instauración de un sistema de convivencia basado en las comunidades antiguas. Lo que sí busca esta propuesta es invitar a que se continúen otras investigaciones que se pregunten: ¿cómo concebir prácticas basadas en la justicia restaurativa que puedan ser asumidas por el Estado en distintos ámbitos, incluso el de la dirección política?, y ¿cómo orientar la conformación de prácticas bajo el enfoque restaurativo que puedan convivir con el Estado moderno y conservar su independencia con respecto a él para no terminar burocratizándose?

En síntesis, la reflexión filosófica sobre la justicia restaurativa que se propuso en este trabajo permite enfatizar la importancia de comenzar por reconocer elementos olvidados en la modernidad. La tarea es dotar de contenido a la justicia a partir de las exigencias de las personas. Esta concepción de la justicia no niega al proyecto ético-jurídico de la modernidad; únicamente confronta sus grandes vacíos y necesidades que deja insatisfechas. Los planteamientos de Hannah Arendt y Alasdair MacIntyre contribuyen a iluminar la conformación del espacio de diálogo y la subjetividad que construyen estas prácticas alternativas. Con algunos elementos del pensamiento político de Arendt se ha visto que se entiende mejor cómo la justicia restaurativa es un proceso de comprensión de aquellos acontecimientos que generan heridas en la vida de los seres humanos; por su parte, con Alasdair MacIntyre se ha mostrado un planteamiento moral que permite entender cómo el paradigma restaurativo recupera la acción humana como un relato en conexión con otras historias. El yo narrativo es la base para comprender por qué se debe dar cuenta de las propias acciones y se puede también exigir cuenta a los otros. Sólo el ser humano que recupera el significado de la acción desde un contexto comunitario puede comenzar a entender una justicia con contenidos. Este ejercicio puede ser reflexionado con la noción de práctica de MacIntyre. En consecuencia, la justicia es una experiencia que se puede acercar más al ideal cuando se le concibe como una actividad que restaura, esto es, que recupera y sana nuestra humanidad lastimada por la injusticia.

4.- REFLEXIONES FINALES

La comprensión no tiene fin y por lo tanto no puede producir resultados definitivos; es el modo específicamente humano de vivir, ya que cada persona necesita reconciliarse con el mundo en que ha nacido como extranjero y en cuyo seno permanece siempre extraño a causa de su irreductible unicidad.

Hannah Arendt²⁴³.

Al iniciar este trabajo acerca de la pertinencia de fundamentar filosóficamente la justicia restaurativa se señaló como punto de partida la riqueza cultural del proyecto ético-jurídico de la modernidad. La injusticia en la sociedad es palpable y toda esta riqueza es insuficiente. Por eso, la postura asumida en este texto es el análisis, la crítica y la propuesta, en contraposición a la indiferencia.

En el capítulo primero se estudió cómo se conformó el proyecto ético-jurídico de la modernidad y las deficiencias del Derecho. En los capítulos posteriores se expuso en qué consiste la justicia restaurativa, como paradigma alternativo, para pensar la pregunta sobre lo justo y se realizó una propuesta de fundamentación filosófica. A través de los fundamentos filosóficos que se propusieron para alumbrar las prácticas restaurativas se dio una comprensión distinta de las exigencias de quienes no se sienten escuchados por las instituciones del Estado moderno. En este sentido, la última parte del tercer capítulo es una invitación a considerar cómo las prácticas restaurativas pueden ayudar a revisar las premisas del Estado moderno y a reflexionar sobre la crisis del Derecho. En este punto, la propuesta suscita otras interrogantes que pueden ser motivo de otras investigaciones. Se hace la invitación a continuar la reflexión filosófica en lo que se refiere a la justicia restaurativa. Ésta no puede quedar reducida a un mecanismo de solución de conflictos penales. Puede aportar más a la reflexión política y jurídica, renovar conceptos y principios del proyecto ético-jurídico moderno y reorientar la reflexión sobre lo justo.

Ahora bien, es oportuno recordar cuáles son las principales preguntas que se hicieron al comenzar este itinerario para cubrir los objetivos señalados desde la introducción: 1) ¿por qué se puede afirmar que el Derecho, entendido como proyecto ético-jurídico de la modernidad, se encuentra en crisis?; 2) ¿cómo podría pensarse un criterio de justicia que permita avanzar hacia una convivencia más justa fuera del proyecto ético-jurídico de la modernidad expresado en el Derecho? y 3) ¿qué implicaciones

²⁴³ Hannah Arendt. "Comprensión y política" en *De la historia a la acción. Op. cit.*, p. 30.

podría tener para las premisas del Estado moderno la reflexión de los fundamentos filosóficos del enfoque restaurativo? A continuación, se hace un recuento preciso y resumido de las respuestas que se han ido vislumbrando a lo largo del trabajo.

Antes de responder a la primera pregunta es importante recuperar la importancia del proyecto ético-jurídico de la modernidad. Las constituciones del modelo continental europeo y muchas de las más valiosas aportaciones de filosofía política y jurídica tienen su punto de partida en este proyecto, que tuvo sus bases filosóficas en la Ilustración. Este movimiento intelectual se preguntó cómo garantizar una convivencia pacífica y justa. La modernidad representó una forma de concebir la realidad a partir de la razón, y esto definió las prácticas del ser humano, entre ellas, las jurídicas. Éstas, en particular, son importantes porque expresan cómo el ser humano ha exigido que se le haga justicia. Por lo anterior, lo justo se asocia con un conjunto de principios, postulados y reglas que indican lo que una persona puede esperar de las instituciones del Estado cuando es víctima de una injusticia. Las relaciones jurídicas se constituyen de manera retributiva. El ciudadano común que no es experto en leyes y el jurista comparten una visión retributiva sobre lo justo en la convivencia diaria. Esto constituye un paradigma que pone énfasis en las categorías jurídicas; lo importante es el castigo y la restitución de las cosas conforme a la ley, y los bienes y derechos tienen un carácter individual. A su vez, las instituciones se han sostenido en tres columnas: el Derecho como centro de poder y decisión expresado en un sistema racional de normas jurídicas, la conformación de una subjetividad desde el modelo del ciudadano, y la justicia como criterio formal para resolver los conflictos surgidos de una realidad histórica. El Derecho es la columna vertebral de la organización del Estado. El orden jurídico es un sistema racional cuya funcionalidad estriba en un conjunto de leyes generales abstractas e impersonales. La finalidad de la maquinaria jurídica es asegurar la certeza legal en las relaciones sociales. Este modelo de organización, a su vez, fue conformando un tipo de subjetividad en las personas; es decir, el Derecho se apoyó para su realización en un individuo concebido como ciudadano, que es el centro de imputación de derechos y obligaciones. En este contexto la justicia se entiende como la posición objetiva que asume el Estado a través de un juzgador, que resuelve conflictos conforme a reglas de presunta validez universal.

Ahora bien, ¿por qué se puede afirmar que el Derecho, entendido como proyecto ético-jurídico de la modernidad, se encuentra en crisis? Conforme al análisis expuesto en el capítulo primero, se puede señalar que el desarrollo de las instituciones jurídicas revela una deficiencia. La función de la ley se ha distorsionado. En el ámbito de la teoría se reconoce que la norma jurídica se ha convertido en un

instrumento de arbitrariedad política y económica. Debajo de sus características de generalidad y abstracción se han resguardado intereses egoístas en favor de diferentes poderes fácticos. La inflación legislativa y el crecimiento de una cultura de la ilegalidad son algunos indicios de esta situación crítica. También en la formulación del pensamiento jurídico se manifiesta una confusión en la enunciación de teorías. Éstas reducen los problemas del Derecho a una sola perspectiva y se separan inevitablemente de la complejidad de la realidad. Con esto no se quiere dar a entender que la teoría jurídica tiene que alcanzar una aplicación total a la realidad. Esa no es su función, pero sí es su tarea servir de guía para las formulaciones legislativas. Sin embargo, de lo estudiado en este trabajo se desprende que esto no sucede. El pensamiento jurídico proporciona perspectivas especulativas, fragmentarias y alejadas del quehacer legislativo, judicial y administrativo de los Estados. No se pueden demeritar algunas aportaciones de la filosofía jurídica que han ayudado a consolidar principios y criterios de justicia, pero los indicios de malestar señalados permiten afirmar que se necesita el desarrollo de una reflexión filosófica que confronte nuestras prácticas históricas.

En este contexto, se sugiere que las causas de la crisis se pueden encontrar en la descomposición de los distintos aspectos que se enunciaron como la base del proyecto ético-jurídico de la modernidad. Esto se puede explicar a través de tres fenómenos diferentes, pero relacionados: la institución del Derecho como una manera reglamentada de hacer la guerra, la conformación de un sujeto individualista y el criterio de justicia del racionalismo jurídico.

En lo que se refiere al Derecho como guerra reglamentada, se puede señalar que en el ámbito de la filosofía política algunos elementos de la genealogía del poder de Foucault ayudaron a desentrañar que la defensa del propio derecho supone entrar en una lógica de guerra. Un frente de batalla atraviesa las prácticas políticas y jurídicas del sistema continental europeo. Muchos procesos administrativos, judiciales y legislativos tienen una lógica adversarial donde se supone que la ley sirve para garantizar ciertos intereses. En consecuencia, los grupos que no logran imponerse mediante la fuerza se mantienen en un estado de enfrentamiento. No es posible suponer un sujeto imparcial, como lo propuso el proyecto ético-jurídico de la modernidad, porque incluso el juez defiende la teoría y los principios en los que ha sido instruido y según los cuales convalida un estado de cosas, aunque éste sea para algunos injustos. Se puede afirmar, de acuerdo con el análisis que se hizo del planteamiento de Foucault, que es posible reconocer la conformación de un sujeto individualista que se posiciona como defensor de su propio derecho y se desvincula de los derechos de los demás. El sujeto que asume las prácticas jurídicas descritas se desligó en realidad del concepto de ciudadanía de Kant. El concepto kantiano de ciudadano implica una persona que se concibe como parte de una comunidad jurídica en reciprocidad de derechos y obligaciones. En lugar de esto, se fue conformando un individuo

concentrado en sus propios intereses. Desde la perspectiva de la filosofía jurídica, algunas instituciones, como la autonomía de la voluntad, fueron determinantes para conformar leyes que colocaron los intereses del individuo sobre la colectividad.

Asimismo, se sostiene que el criterio formal de justicia terminó, influenciado por el racionalismo, por ser un instrumento al servicio de un orden que fomenta el antagonismo y el individualismo. El estudio de los planteamientos positivistas de Stammler y Kelsen permitió clarificar cómo el racionalismo jurídico terminó por eliminar factores históricos, geográficos y culturales para determinar lo justo. La consecuencia es la conformación de un criterio de justicia sin contenidos. Los seres humanos son concebidos como medios dentro de los procedimientos jurídicos.

Considerando que la respuesta a la primera pregunta confirma una crisis en el Derecho, es válido preguntarse lo siguiente: ¿cómo podría pensarse un criterio de justicia que permita avanzar hacia una convivencia más justa fuera del proyecto ético-jurídico de la modernidad expresado en el Derecho? Para abordar esta cuestión se recuperaron dos elementos, expuestos en el primer capítulo: 1) ubicar a la justicia retributiva como una concepción dominante de la teoría jurídica y, 2) reflexionar sobre la justicia a partir de las prácticas. Al llegar a este punto se señaló que las prácticas restaurativas representan un paradigma diferente. Así lo demostró la comparación con las prácticas del Estado y el análisis de sus características fundamentales en el segundo capítulo.

Algunos hallazgos importantes fueron que el enfoque restaurativo entiende el delito como un acto contra la persona y las relaciones humanas, mientras que el Estado sólo lo concibe como una infracción a la norma. Por otra parte, las prácticas restaurativas promueven que la víctima, el ofensor y la comunidad recuperen la capacidad de gestionar y solucionar sus conflictos. Con esto se supera una concepción en la cual el Estado concentra el monopolio de determinar, declarar e imponer el derecho. También la justicia restaurativa adecua la respuesta al conflicto considerando su particularidad, y el castigo no es la principal respuesta al crimen.

La reflexión sobre las características de la justicia restaurativa demostró que se pueden conformar prácticas donde la víctima y el ofensor pueden dialogar sobre un conflicto y sus consecuencias para tener una comprensión distinta de los acontecimientos, encontrar respuestas y buscar soluciones bilaterales. Mostró que las personas, al participar en estas prácticas, comienzan un proceso que modifica sus conceptos individualistas de culpa y libertad. Los participantes en estos procesos tienen la oportunidad de reinventar su subjetividad asumiéndose como seres humanos autónomos, pero

interconectados. La víctima y el ofensor comienzan a comprender que son seres comunitarios, lo cual significa que comparten sentimientos, búsquedas y una historia común con los otros. Por medio del dialogo se empieza un proceso de sanación de heridas. En este espacio se descubre que la justicia implica una dimensión simbólica. Esto representa que lo justo no se puede reducir a criterios racionales o materiales. Una disculpa o un gesto de arrepentimiento no es algo cuantificable económicamente, pero sana y restituye.

Ahora bien, la justicia restaurativa, como se ha señalado, puede pensarse como un criterio de justicia que confronta el paradigma dominante del Estado. Sin embargo, esto no significa que esté fuera del proyecto moderno, ya que se ha desarrollado dentro de él. Comenzó a usarse como una forma de atender los procedimientos penales y la ONU la ha reconocido como una práctica útil. Es un mecanismo que no escapa a la regulación del Derecho, pero sí lo enriquece con otra perspectiva. Por otra parte, como ya se expresó, la justicia restaurativa no es el remedio para todos los pendientes del Estado. Su estudio permitió reconocer que presenta interrogantes e inconsistencias. Algunas de estas interrogantes son: ¿qué significa la comunidad en una práctica de enfoque restaurativo?, ¿cómo delimitar el conflicto que es objeto del diálogo?, ¿qué dinámicas institucionales y políticas implicaría la implementación de otro paradigma de justicia dentro de la organización social?

A partir de los razonamientos expuestos se puede señalar que la justicia restaurativa presenta elementos que requieren una continuación del análisis. Lo anterior conduce a la última pregunta de este trabajo filosófico: ¿qué implicaciones podría tener para las premisas del Estado moderno la reflexión de los fundamentos filosóficos del enfoque restaurativo? Para poder responder a esta pregunta, primero se explicó que la justicia restaurativa presenta un desarrollo en las ciencias sociales, pero no en la tradición filosófica. Posteriormente, se propuso un ejercicio de fundamentación del diálogo de las prácticas restaurativas a partir de algunos elementos del pensamiento político de Hannah Arendt. De igual manera, se recurrió al planteamiento moral de Alasdair MacIntyre para fundamentar el sentido de la práctica en la justicia restaurativa y la reinención de los sujetos que participan en ella.

La vinculación entre la reflexión filosófica de Arendt y los espacios de diálogo restaurativos permite señalar que este paradigma reconoce como vital que la víctima, el ofensor y la comunidad accedan a un espacio donde cada quien pueda resignificar lo que ocurrido. La forma en que se reconstruyen los hechos en estas prácticas se ilumina con los conceptos arendtianos de pluralidad, espacio de la aparición y trama de las relaciones, por las razones expuestas en su momento en el capítulo tercero. Por otra parte, el paradigma restaurativo y el planteamiento político arendtiano coinciden en que el

juicio político no es la imposición de una verdad absoluta y ambos destacan a la opinión como facultad política relevante. El juicio sobre el acto injusto se comprende con mayor profundidad al explicarlo con el planteamiento arendtiano. Arendt, a partir de una interpretación política de la *Crítica del Juicio* de Kant, propone que la capacidad de juzgar en la política se funda en el gusto. La determinación de la injusticia de un hecho se clarifica si se concibe conforme a la propuesta de esta filósofa como la comprensión que surge de una pluralidad de perspectivas.

Por otra parte, al estudiar el planteamiento moral de MacIntyre se reconocen algunas conexiones entre su noción de práctica y la justicia restaurativa, las cuales también ya fueron señaladas. Estos procedimientos de justicia, de acuerdo con el concepto de práctica de MacIntyre, muestran que los involucrados pueden encontrar bienes internos. Por ejemplo, la capacidad de escuchar y atender otras perspectivas de lo que pasó, de recuperar la propia seguridad y el sentido de vida, y el perdón, son algo propio de este enfoque de solución de conflictos. Es importante señalar que el perdón es un fruto que se puede dar, pero no es el *objetivo* de la justicia restaurativa, como sí lo es la comprensión del hecho a partir de diferentes puntos de vista. En este sentido, la reflexión filosófica de MacIntyre ayuda a valorar la importancia de los relatos de quienes comparten su historia del hecho injusto para conformar una narración común. A partir de la concepción narrativa del yo expuesta en *Tras la virtud* se puede decir que el paradigma restaurativo constituye sujetos abiertos a dar cuenta de sus acciones, pero también que piden cuentas a los demás de las suyas, porque se reconocen participantes de historias comunes. La justicia es la práctica de recuperar la vida como parte de un conjunto de relatos interconectados. En el momento en que éstos son escuchados y compartidos se experimenta un proceso de sanación. Esto orienta la acción humana a la responsabilidad, al reconocimiento de necesidades ajenas y a la búsqueda de acuerdos para reparar los daños causados por la injusticia.

Ante lo expuesto, lo que queda es destacar cómo los referentes filosóficos que iluminaron las prácticas restaurativas confrontan ciertas premisas del proyecto ético-jurídico de la modernidad y qué hacen con respecto a la crisis del Derecho. La primera premisa cuestionada es la desconfianza en la voluntad de cooperación de los demás porque se concibe que el poder coercitivo del Estado es necesario, ya que cada quien actúa en función de sus intereses y esto conduce a la lucha violenta de unos contra otros. Sin embargo, esta otra perspectiva vislumbra que la voluntad de cooperación es posible. Es viable pensar y conformar un espacio común que supere el individualismo y vincule a las personas a partir de la injusticia experimentada.

La segunda premisa que invita a revisar la justicia restaurativa corresponde a la categoría de la ciudadanía. El ciudadano como concepto jurídico se ha ido conformado en muchas legislaciones como un concepto hegemónico e igualitarista. La imparcialidad que promueve es proclive a desconocer la diversidad cultural, económica y política de las personas. Lejos de consolidar la igualdad de condiciones ha servido para un ejercicio del derecho individualista y excluyente. Este modelo de ciudadano no reconoce la pluralidad y desconoce las exigencias de algunos grupos, por ejemplo, los indígenas y los migrantes, a los cuales no se les reconoce un estatus jurídico y se les termina negando la atención a sus necesidades. Por su parte, el paradigma restaurativo concibe un sujeto que reconoce un contexto plural, donde los diferentes relatos deben ser escuchados y tomados en cuenta para buscar soluciones.

La tercera premisa confrontada es la ley como principal medio para realizar la justicia a partir de una labor legislativa positivista reducida a crear preceptos generales, abstractos e impersonales. Las prácticas restaurativas señalan que lo justo es un ejercicio de recuperación de contenidos que no puede quedar reducido al positivismo jurídico. Se tiene que reflexionar sobre el juicio de lo particular. En este sentido, la propuesta de Arendt puede dar luz a las prácticas restaurativas. Es importante conformar ejemplares, esto es, situaciones que sin perder su particularidad puedan ser guía para responder a situaciones semejantes. Las prácticas de justicia que exigen los tiempos actuales piden considerar contextos concretos y estar atentos a la tendencia de un universalismo que aleja del sufrimiento humano y de los efectos de la injusticia. Esto tampoco supone un relativismo de prácticas comunitaristas que puedan llegar a desconocer bienes o libertades fundamentales de las personas.

Con base en estas reflexiones finales, se puede decir que es posible abrir otras vías y explorar otras áreas de conocimiento para continuar la tarea del filosofar con respecto a la justicia restaurativa. A continuación, se señalan algunos aspectos susceptibles de un mayor estudio a partir de las observaciones de este trabajo. En primer lugar, queda pendiente la fundamentación filosófica de la dimensión simbólica y ritual, que sólo fue mencionada como característica en el capítulo segundo. Otro aspecto es el concepto de *comunidad* de las prácticas restaurativas. La noción de comunidad debe seguir siendo materia de estudios posteriores para una mejor comprensión de su papel en las prácticas restaurativas y poder responder algunas preguntas que aquí únicamente llegaron a plantearse; entre ellas, ¿cómo concebir que la justicia restaurativa puede promover la participación comunitaria en contextos donde la cohesión social es poca o inexistente?, ¿cómo entender la comunidad en prácticas restaurativas que atienden conflictos que involucran grupos étnicos distintos? Por último, en el capítulo

tercero se expuso cómo este paradigma ayuda a revisar deficiencias políticas del proyecto moderno, por lo cual se sugiere continuar explorando lo siguiente: ¿cómo concebir una filosofía política que incorpore fundamentos restaurativos?, y ¿cómo construir prácticas basadas en la justicia restaurativa que puedan ser asumidas en la dirección política del Estado?

Bibliografía

ALONSO SALGADO, Cristina. "Una dificultad más en el camino: la eventual afectación de derechos fundamentales en la mediación celebrada en el seno del proceso penal", en Virginia Domingo (Coordinadora). *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el Derecho perdido*. Madrid: Sociedad Criminológica Balear, 2012, pp. 65-69.

ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Barcelona: Paidós, 1998.

ARENDT, Hannah. "Comprensión y política", en *De la historia a la acción*. Barcelona. Paidós, 1995.

ARENDT, Hannah Arendt. *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*. Barcelona. Paidós, 2003.

ARIAS MADRIGAL, Doris Ma. "Reflexiones Teóricas y Prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa", en *Justicia Restaurativa en Línea* (consultado el 12/ VI /2016) Disponible en Internet: www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones/view

BARROS LEAL, Cesar. *Justicia Restaurativa. Amanecer de una era. Aplicación en prisiones y centros de internación de menores infractores*. México: Porrúa, 2015.

BEINER, Roland. "Hannah Arendt y la facultad de juzgar", en Arendt Hannah. *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*. Barcelona: Paidós, 2003, pp. 175-177.

BORAINE, Alexander. "Audiencias Públicas, claves en Sudáfrica", en revista *Hechos del callejón*. Bogotá: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Edición Especial, 2006.

CAMPILLO MESEGUER, Antonio. "Espacios de aparición: El concepto de lo político en Hannah Arendt" en *Daimon Revista Internacional de Filosofía*. Murcia: Universidad de Murcia, número 26, 2002, pp. 159-186. (Consultado el 25/ VI/ 2016) Disponible en Internet: www.google.com.mx/#q=revista+daimon+filosofia+espacios+de+aparici%C3%B3n

CAMPILLO IBORRA, Neus. "Comprensión y juicio en Hannah Arendt", en *Daimon Revista Internacional de Filosofía*. Murcia: Universidad de Murcia, número 26, 2002, pp. 125-140

(consultado el 25/ VI/ 2016) Disponible en Internet: <http://revistas.um.es/daimon/article/view/11911>

CERDA GARCIA, Alejandro. "Construyendo nuevas formas de ciudadanía. Resistencia zapatista en la región Altos de Chiapas", en B. Boronet, M. Mora y R. Stahler-Sholk (Coords), *Luchas "muy otras" Zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*. México: UAM-México: UAM-X, CIESAS, UNACH, 2011.

DOCHERTY, Jayne. *Learning Lessons from Waco: When the Parties Bring Their Gods to the Negotiaton Table*. Syracuse, N.Y: Syracuse University Press, 2001.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. "¿Qué es la Justicia restaurativa?", en *Justicia Restaurativa*, 2 de julio de 2012 (consultado el 9/ VI /2016). Disponible en Internet: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2012/07/que-es-la-justicia-restaurativa.html>

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. "Las personas son algo más que aquello que hicieron en el pasado", en *Justicia Restaurativa*, 18 de diciembre de 2014 (consultado el 9/ VI/ 2016). Disponible en Internet: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2014/12/las-personas-son-algo-mas-que-aquello.html>

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. "La justicia restaurativa en sus orígenes", en *Justicia Restaurativa*, 12 de mayo de 2015, (consultado el 12/ VI/ 2016). Disponible en Internet:<http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2015/05/la-justicia-restaurativa-en-sus.html#more>

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. "Mediación, mediación penal y Justicia Restaurativa", en *Justicia Restaurativa*, 10 de junio de 2015, (consultado el 12/ VI /2016). Disponible en Internet: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com.es/2015/06/acerca-de-la-mediación-mediacion-penal.html#more>

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. "Los facilitadores de los procesos restaurativos deberían despojarse de su profesión de origen", 25 de junio de 2015, (consultado el 11/ VI/ 2016)

Disponible en Internet: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2016/05/hay-alguna-circunstancia-en-que-la.html#more>

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “El sentimiento de vergüenza y la justicia restaurativa”, en *Justicia Restaurativa*, 10 de diciembre de 2015, (consultado el 10/VI / 2016). Disponible en Internet: [blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx /2015/12/el-sentimiento-de-verguenza-y-la.html](http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2015/12/el-sentimiento-de-verguenza-y-la.html)

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia. “¿Hay algunas circunstancias en que la Justicia Restaurativa no sea viable?”, en *Justicia Restaurativa*”, 24 de mayo de 2016, (consultado el 11/VI/2016). Disponible en Internet: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.mx/2016/05/hay-alguna-circunstancia-en-que-la.html#more>

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia.” Un primer acercamiento a la Justicia Restaurativa”, en Virginia Domingo (Coord.). *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el Derecho perdido*. Madrid: Sociedad Criminológica Balear, 2012.

DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso. “La paradoja de la ciudadanía. Inmigración y derechos en un mundo globalizado”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Las Palmas de Gran Canaria: Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: Justicia, Migración y derecho, Numero 7, Año 2003, pp.1-24, pp.1-2(consultado el 6/VI/2016) Disponible en Internet en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=643177>

ECHEVERRI LONDOÑO, María Catalina y MACA URBANO Deidi Yolima. “Justicia Restaurativa, contextos marginales y Representaciones Sociales: algunas ideas sobre la implementación y la aplicación de este tipo de justicia”, en *Justicia Restaurativa en Línea* (consultado el 12/ VI/ 2016). Disponible en Internet: www.justiciarestaurativa.org/news/Articulo%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA%20Colombia.pdf/view

FERNANDEZ-LLEBREZ GONZÁLEZ, Fernando. “Una lectura interpretativa de *Tras la virtud* de Alasdair MacIntyre”. Madrid: Universidad Complutense. Departamento de Ciencia Política y

Administración, 2010, número 10 (consultado el 18 /VI/2016). Disponible en Internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3391896>

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2002.

FITZPATRICK, Peter. *La mitología del derecho moderno*. México: Siglo XXI, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI, 2009.

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1978.

FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo*. La Plata: Altamira, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza, 2000.

GOMEZ PINTO, Renato Sócrates. "Justicia restaurativa é Possível no Brasil?", en Catherine Slakmon(Coord). *Justicia Restaurativa: Colección de Artículos*. Brasilia: Ministerio de Justicia, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2005, pp. 19-40 (consultado el 8/ VI/ 2016). Disponible en: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>

GOMEZ ROBLEDO, Antonio. *Meditación sobre la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

GONZALEZ URIBE, Héctor. *Teoría Política*. México: Porrúa, 1996.

HABERMAS, Jürgen. "La modernidad, un proyecto incompleto", en Foster Hal (ed.). *La posmodernidad*. México: Colofón, 1988, pp. 19-36.

HERRERO ESCRICH, Víctor. “Algunas reflexiones sobre el enfoque restaurativo en la justicia de jóvenes”, en Virginia Domingo. *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el Derecho perdido*. Madrid: Sociedad Criminológica Balear, 2012, pp. 88-90.

LARRAURI, Elena. “Justicia restauradora y violencia doméstica”, (consultado el 12/ VI /2016).

Disponible en Internet:

http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325076458_Justicia%20Restauradora%20y%20Violencia%20Dom%C3%A9stica-----%20Elena%20Larrauri.pdf

MACINTYRE, Alasdair. *Historia de la Ética*. Barcelona: Paidós, 1966.

MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, 2001.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. “La mediación penal en España: Estado de la cuestión”, en Margarita Martínez Escamilla (coord). *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Madrid: Instituto Complutense de Mediación y gestión de conflictos, 2011.

MASSINI CORREAS, Carlos. *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. México: UNAM, 2004.

NIETO GARCIA, Alejandro. *Crítica de la Razón Jurídica*. Madrid: Trotta, 2007.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. México: Siglo XXI, 1999.

PALLARES YABUR, Pedro de Jesús. *La configuración de lo justo*. México: Porrúa, 2007

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

RICASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 2006.

ROSANVALLON, Pierre. *La consagración del ciudadano: historia del sufragio universal en Francia*. México: Instituto Mora, 1999.

SANDEL, Michael. *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 2000.

SANCHEZ DE LA TORRE, Ángel. "Crisis del derecho y de la filosofía jurídica, en los albores del siglo XXI", en Emilio Suñer Llinas (coord). *Filosofía jurídica y política de la nueva Ilustración*. México: Porrúa, 2009, pp. 245-268.

SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997,

SEGOBIA BERNABE, José Luis y RÍOS MARTÍN, Julián. "Diálogo, justicia restaurativa y mediación", en *Documentación Social*. Madrid: Caritas Española, Número 148, 2008, pp. 77-98. (consultado el 9/ VI/ 2016). Disponible en: Internet: <http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/927/06%20DI%20C3%81LOGO,%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA%20Y%20MEDIACI%20C3%93N.pdf>

SEGOBIA BERNABE, José Luis. "Mediación penal comunitaria y justicia restaurativa", en *Revista de ciencias y orientación familiar*. Salamanca. Universidad Pontificia de Salamanca, Instituto Superior de Ciencias de la Familia, Número 41, 2010, pp. 35-64 (consultado 9/ VI/ 2016). Disponible en Internet: <http://summa.upsa.es.es/pdf.vm?id=id=0000030579&page=1&search=&lang=es>

SCHIRCH, Lisa. *Ritual and Symbol in Peacebuilding*. Bloomfield: Kumarian, 2005.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998.

VILLORO TORANZO, Miguel. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo y MARTINI MARIA, Carlo. *La exigencia de justicia*. Madrid: Trotta, 2006.

ZAMORANO FARÍAS, Raúl. "Modernidad, sociedad y constitucionalismo en América Latina", en

Revista Mexicana de Derecho Constitucional. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Número 19, Julio-Diciembre de 2008, pp. 238-382, pp. 240-241 (consultado el 28 /V/ 20116). Disponible en Internet: <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-http://revistas.juridicas.unam./view/5851/7748>

ZEHR, Howard. *Cambiando de lente*. Virginia: Herald Press, 1996.

Documentos normativos.

Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Resolución No.2002/12, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal.