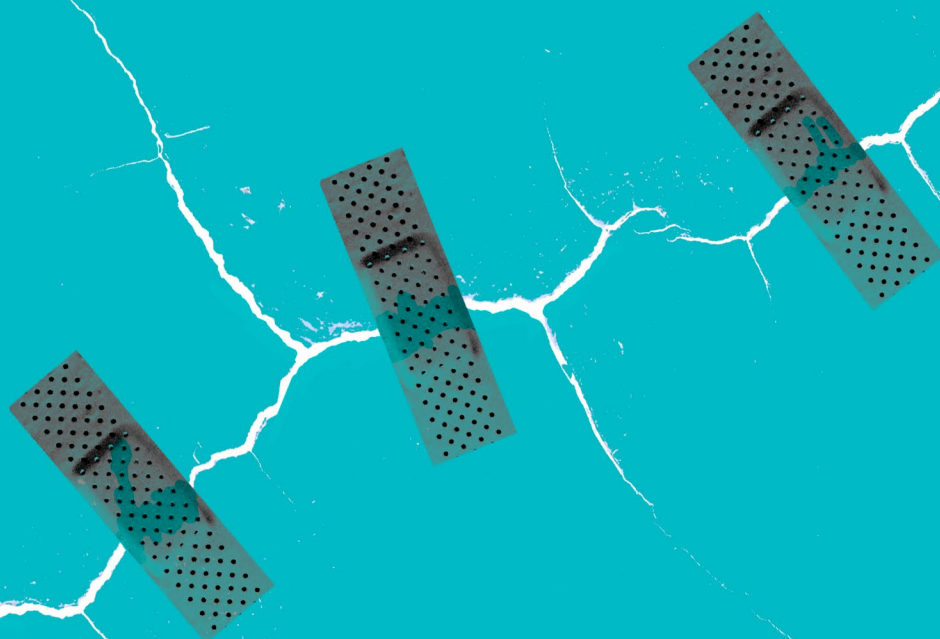


JUSTICIA RESTAURATIVA EN CASOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN





Justicia restaurativa en casos de odio y discriminación

Esta publicación ha sido realizada en el marco del proyecto del Institut de Drets Humans de Catalunya y SOS Racisme Catalunya “*SUPPORT. Creació d'eines per a garantir els drets de les supervivents a l'odi*”, que ha contado con la financiación del Ayuntamiento de Barcelona y de la Diputación de Barcelona.

Autoras: Nieves Gómez, Anna Palacios y Luisa Pérez

Fecha: Marzo 2021

Edición:

Institut de Drets Humans de Catalunya
Av. Meridiana 32, entr. 2a. Esc B
08018 Barcelona
www.idhc.org

Imagen y diseño: nadiasanmartin.com

Maquetación: Marta Pardina



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional. Se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente, traducir y modificar, siempre que sea para fines no comerciales y se reconozca su autoría.



SOS RACISME
PER LA IGUALTAT DE DRETS

Con el apoyo financiero de:



El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva del Institut de Drets Humans de Catalunya y no refleja necesariamente la opinión del Ayuntamiento ni de la Diputación de Barcelona.

Índice

1.	Introducción	05
-----------	---------------------	-----------

2.	¿De qué hablamos? Definiciones y conceptos clave	11
-----------	---	-----------

3.	Justicia y prácticas restaurativas	17
3.1.	El origen de la Justicia Restaurativa	20
3.2.	La concepción del delito en los modelos de justicia retributiva y restaurativa	21
3.3.	Definiciones y caracterización de la Justicia Restaurativa	23
3.4.	Principios y objetivos de la Justicia Restaurativa	26
3.5.	Procesos y prácticas de Justicia Restaurativa	29
3.6.	Tipos de procesos, herramientas y prácticas restaurativas y principales características	30

4.	Justicia Restaurativa en Europa, el Estado español y Catalunya: apuntes sobre el marco legal y aplicaciones prácticas	37
4.1.	Principales elementos de la normativa internacional	40
4.1.1.	Estándares y recomendaciones del sistema universal (ONU)	41
4.1.2.	Normas y recomendaciones de los sistemas europeos (CdE y UE)	42
4.2.	La JR en Europa	47
4.2.1.	Origen y motivaciones de su incorporación	47
4.2.2.	La diversidad en la incorporación de la JR	50
4.3.	La JR en el Estado español	53
4.3.1.	Principales elementos del ordenamiento estatal	53
4.3.2.	Apuntes sobre normativas de Catalunya	59
4.3.3.	El uso de la justicia restaurativa en el Estado español y en Catalunya	60
4.4.	Reflexiones sobre retos del contexto legal	63

Índice

5.	Procesos y prácticas restaurativas en América Latina. Casos de Guatemala y Colombia	67
5.1.	La experiencia de Latinoamérica: la importancia de involucrar a la comunidad	69
5.2.	Casos ilustrativos	71
5.2.1.	Genocidio ixil maya en Guatemala	72
5.2.2.	Caso Masacre Plan de Sánchez en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	76
5.2.3.	La justicia restaurativa en el Acuerdo de Paz en Colombia	79
5.3.	Procesos o pasos dados para la construcción de las prácticas restaurativas	82
5.4.	Los logros y aprendizajes	84
5.5.	Los desafíos o limitaciones	85
6.	Experiencias de prácticas restaurativas para prevenir o atender casos de discriminación	87
6.1.	Servicios de Justicia Restaurativa para víctimas de delitos homófobos de <i>Why me?</i> (Reino Unido)	90
6.2.	Prácticas restaurativas en la escuela en Oakland (Estados Unidos)	92
6.3.	Prácticas restaurativas tras graves amenazas islamófobas después del 11 de septiembre en Oregón (Estados Unidos)	93
6.4.	Prácticas Restaurativas en el Centro de Justicia para la Mujer en el Estado de Hidalgo (CJMH), México	95
6.5.	Protocolo para prevenir casos de discriminación y acoso sexual dentro de organizaciones de derechos humanos (México)	97
7.	Conclusiones	100
	Bibliografía	105

1

Introducción



Introducción

Los delitos e incidentes de odio y discriminación no solo vulneran los derechos fundamentales reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución del Estado y diversas normativas estatales y autonómicas, sino que afectan profundamente a las personas que los sufren (OSCE/ ODIHR 2020).

En efecto, una de las características diferenciales de estos actos o conductas es que constituyen una manifestación de rechazo hacia la identidad de la persona que las recibe y una violación de su dignidad como persona. Por esta razón, las manifestaciones de odio incrementan la sensación de vulnerabilidad, en la medida en que la característica por la que el ofensor ha decidido atacar a una persona tiene que ver directamente con elementos constitutivos y definitorios de su identidad personal: por “ser” como es, por “sentir” lo que siente, por “pensar” lo que piensa, etc.

Así, el impacto más importante de las manifestaciones de odio tiene que ver con el sufrimiento y las consecuencias psicológicas que provocan en las personas que los padecen, especialmente cuando no reciben una atención, un acompañamiento y un apoyo adecuadamente adaptados a sus necesidades, expectativas y especificidades.

Es importante considerar además otros dos aspectos diferenciales de los delitos e incidentes de odio, que explican la profunda afectación que tienen, más allá de la persona que los sufre directamente.

Por una parte, el impacto que producen puede alcanzar no solo a las personas directamente afectadas, sino también a las que comparten la característica personal por la cual han sido atacadas. Así, infligen un daño a una comunidad o colectivo, que puede concretarse en efectos psicológicos como el miedo y la inseguridad, entre otros.

Por otra parte, se trata de “ofensas” que se basan y nos remiten a una discriminación histórica y estructural del colectivo atacado (por ejemplo, en el caso del Estado español, el pueblo gitano, las personas racializadas, el colectivo LGTBI, etc.), en relación a la cual las autoridades públicas tienen una clara responsabilidad, mientras que las legislaciones actuales les imponen las obligaciones positivas de prevenir y abordar la discriminación.

La incidencia de este tipo de ofensas en nuestra sociedad sigue siendo enorme y el incremento y mejora de las políticas públicas y medidas orientadas tanto a su prevención como a su abordaje son cada vez más necesarios en contextos políticos y socioeconómicos marcados por el ascenso de la extrema derecha y la normalización de los discursos discriminatorios, por la polarización social y por una crisis donde ya es clásico el uso de ciertos chivos expiatorios en discursos profundamente racistas.

Lo anterior nos obliga a preguntarnos ¿cómo están siendo abordadas las manifestaciones de odio? ¿Qué estamos haciendo, tanto desde las administraciones como desde la sociedad civil, para acompañar a sus víctimas en un proceso de reparación del daño sufrido? ¿Y cómo lo estamos haciendo?

En el marco del proyecto *Support* (apoyo, en catalán), del que forma parte este documento, se han elaborado también un diagnóstico de los servicios de atención y acompañamiento a víctimas de odio y discriminación de la ciudad de Barcelona¹, y una guía para la incorporación de los enfoques psicosocial y restaurativo en la atención y acompañamiento a dichas víctimas². Para su elaboración, se han realizado entrevistas tanto a profesionales de servicios públicos y de asociaciones de atención y acompañamiento a víctimas de odio y discriminación y de violencia machista, como a víctimas de delitos de odio y discriminación. Sobre la base de ese trabajo se han extraído conclusiones que han servido para orientar este documento, cuyo fin es aportar pistas de reflexión dirigidas a repensar y mejorar la respuesta que se está dando a este tipo de violencias, explorando lo que el paradigma restaurativo puede aportar como modelo de justicia, enfoque y práctica.

1 Antón Rubio, C. (2021). *Análisis de los servicios de organizaciones y administraciones públicas para víctimas de delitos de odio y discriminación en Barcelona*. Barcelona: IDHC. Disponible en: <https://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/discriminacion-intolerancia-y-odio/analisis-de-los-servicios-de-organizaciones-y-administraciones-publicas-para-victimas-de-delitos-de-odio-y-discriminacion-en-barcelona.php>

2 Rossi, P. y Bazzaco, E (2021). *Guía para la incorporación de los enfoques psicosocial y restaurativo en los servicios de acompañamiento a víctimas de incidentes y delitos de odio y discriminación*. Barcelona: SOS Racisme. Disponible en: <https://www.idhc.org/es/investigacion/publicaciones/discriminacion-intolerancia-y-odio/guia-para-la-incorporacion-de-los-enfoques-psicosocial-y-restaurativo-en-los-servicios-de-acompanamiento-a-victimas-de-incidentes-y-delitos-de-odio-y-discriminacion.php>

Y es que el derecho de las víctimas de delitos de odio a recibir una protección efectiva, adecuada y orientada a la reparación y al restablecimiento de sus derechos (tal y como lo establece la legislación a nivel europeo y estatal), no está siendo garantizado de forma plena y efectiva por parte de las administraciones responsables, lo que representa una ulterior grave dimensión de victimización. No es casual que los datos recogidos por organizaciones de la sociedad civil muestren que una de las tres principales causas de infradenuncia de los delitos de odio es la falta de confianza en el sistema de justicia³.

Además, de acuerdo con el marco legal actualmente en vigor, buena parte de las victimizaciones por odio y discriminación no tiene una respuesta en las leyes, que no reconocen ciertos actos u ofensas como generadores de un daño que debe ser reparado y con respecto al cual se debe articular una respuesta de la administración⁴.

Es decir que muchas personas dañadas por incidentes de odio (por ejemplo: insultos, discurso de odio en las redes sociales, discriminación en el acceso a la vivienda, *mobbing* escolar, etc.) no son reconocidas por el sistema como “víctimas”, con lo que ello comporta en términos de derechos de los que son titulares y de lo que pueden reclamar a las administraciones públicas.

Por otra parte, debemos considerar que tanto el concepto de víctima como el de justicia –entre otros– son dinámicos. El uso de la palabra víctima implica, a nivel político, la visibilización de una necesidad de protección y garantía de derechos. A la vez, como se mencionó, la vulnerabilización que genera una manifestación de odio se extiende más allá de la víctima directamente afectada, tanto al contexto como a diferentes ámbitos de su vida y a los de otras personas como ella o él. En este contexto, las entidades u organizaciones dedicadas al acompañamiento de las víctimas no siempre incorporan, de manera integral, un enfoque psicosocial y de reparación del daño en el apoyo que les proporcionan, lo que no hace sino reducir ulteriormente la posibilidad de llegar a una reparación efectiva.

Por último, en el Estado español, la principal respuesta a las victimizaciones por delitos de odio y discriminación reconocidas por el sistema se encuentra en el ámbito penal, con las consecuencias que ello tiene para las víctimas a dos niveles.

³ Al respecto, véase: SOS Racisme (2017). *Invisibles – L'estat del racisme a Catalunya*. P. 151. Disponible en: <https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2018/03/Informe-SOS-Racisme-2017.pdf>

⁴ En Catalunya, ha sido adoptada en diciembre de 2020 la Ley 19/2020 de igualdad de trato y no-discriminación, a la que nos referiremos en el Capítulo 4, que prevé procedimientos administrativos de sanción de conductas discriminatorias. Dada su reciente aprobación, todavía es pronto para valorar el impacto de su aplicación especialmente para dar respuesta a casos que no tendrían recorrido por la vía de la justicia penal y mejorar la respuesta que se da a las distintas expresiones de la discriminación y el odio.

En primer lugar, por el propio funcionamiento del sistema y del modelo de justicia punitiva o retributiva que lo impregna, se reserva en los procesos judiciales un lugar accesorio y pasivo para las víctimas, pues en este paradigma se concibe el delito como “una ofensa al Estado”, en tanto que se han vulnerado sus normas.

En segundo lugar, la administración de justicia no está libre de las ideas, actitudes y conductas discriminatorias contra las personas por sus distintas características personales que, como decíamos, tienen un carácter estructural. Los prejuicios a menudo condicionan no solo el trato que reciben las víctimas, sino también la percepción de sus relatos, con frecuencia cuestionados por parte de jueces y juezas (el paralelismo con las violencias machistas y otras violencias como la trata de personas es claro), sumándose esta vivencia a la que experimentan en fases anteriores del proceso de denuncia (por ejemplo, ante los cuerpos de seguridad).

Lo anterior significa que, con demasiada frecuencia, en los procesos judiciales las víctimas no son escuchadas, se les sustrae el protagonismo respecto a unos sucesos que les han afectado directamente, son revictimizadas por diferentes actores institucionales, y sus necesidades y expectativas no son tenidas en cuenta a la hora de definir de qué manera se puede reparar el daño que han sufrido y garantizar su no repetición.

En definitiva, es frecuente que las víctimas, los ofensores y los miembros de comunidades afectadas perciban que la justicia penal, tal y como funciona, no responde adecuadamente a sus respectivas necesidades.

Además, a menudo los profesionales del sistema de administración de la justicia también manifiestan un sentimiento de frustración. Muchos actores⁵ opinan que el proceso judicial agudiza todavía más las heridas y los conflictos sociales en lugar de ayudar a sanarlos o transformarlos.

Partiendo de este marco, el presente documento quiere explorar vías de mejora de la respuesta que en la actualidad se está dando a los delitos e incidentes de odio, centrándonos en lo que el paradigma restaurativo puede aportar, tanto como modelo de justicia, como entendido como enfoque desde el que se puede analizar y abordar el daño provocado por los delitos e incidentes de odio por parte de los servicios públicos y privados de atención y acompañamiento a la víctima, así como en cualquier procedimiento sancionador, ya sea penal o administrativo. Se pretende contribuir a las reflexiones sobre qué tipo de respuestas podrían darse desde la mirada restaurativa o cómo podrían mejorarse las actuales (ofrecidas tanto por las administraciones públicas como por las organizaciones de la sociedad civil) con una inclusión o profundización de este enfoque.

⁵ En el marco de las entrevistas con profesionales de servicios de atención y acompañamiento a víctimas de odio y discriminación y de violencia machista realizadas en el proyecto, a las que nos referimos antes, esta idea ha sido expresada con frecuencia.

Para ello, en el capítulo 2, proponemos una serie de definiciones de conceptos clave que se usan a lo largo del documento.

En el capítulo 3 nos adentramos en el análisis de la justicia restaurativa, como paradigma de la justicia y como enfoque, repasando las principales características y prácticas en que se ha concretado.

El capítulo 4 presenta el marco legal con respecto a la justicia restaurativa, haciendo un repaso de los principales instrumentos normativos de los sistemas de protección de derechos y ordenamientos aplicables en el contexto de Catalunya, y se describe de forma sintética la aplicación de prácticas restaurativas en Europa, el Estado español y Catalunya.

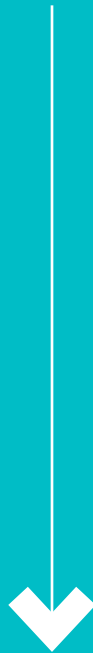
El capítulo 5 describe experiencias de procesos y prácticas restaurativas en América Latina, concretamente en Guatemala y Colombia, en contextos postconflicto y de justicia transicional, caracterizadas por un importante rol de la comunidad y por la implicación de instituciones estatales en los procesos restaurativos. A partir de tres casos ilustrativos, propone un conjunto de lecciones aprendidas y señala retos que estos procesos han planteado.

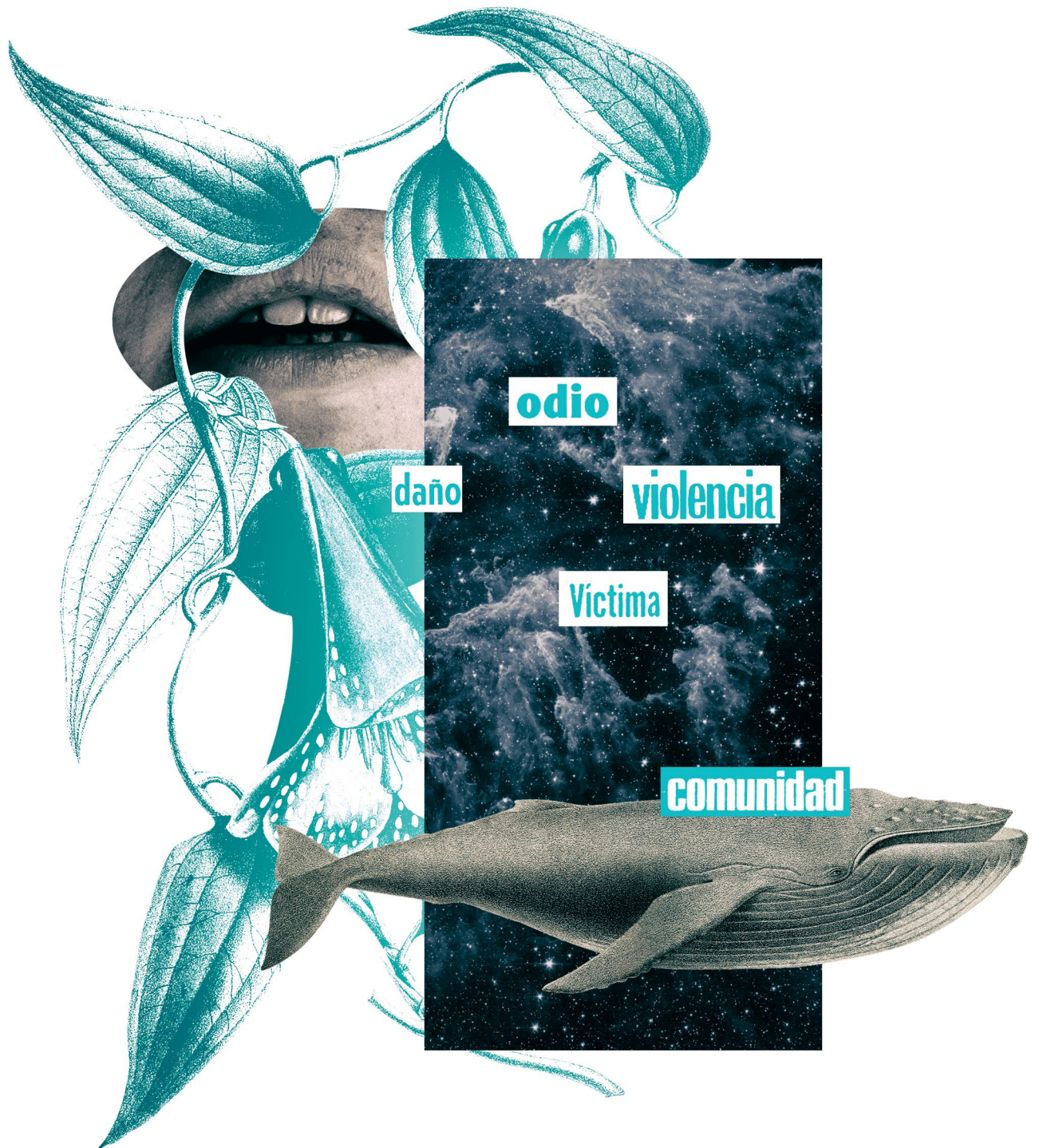
El capítulo 6 presenta una selección de experiencias de prácticas restaurativas aplicadas en ámbitos diversos para el abordaje de situaciones y casos concretos de discriminación y delitos de odio en América del Norte y Reino Unido, que dan cuenta de las múltiples posibilidades de aplicación de estas prácticas.

El documento finaliza con unas breves conclusiones en el capítulo 7, donde se destacan algunos de los elementos considerados centrales en las reflexiones que deberían permitir avanzar en la implementación del paradigma y de la mirada restaurativos en el abordaje de las violencias por odio y discriminación.

2

¿De qué hablamos?
Definiciones y
conceptos clave





¿De qué hablamos?

Definiciones y conceptos clave

En este apartado queremos ofrecer unas breves definiciones de algunos de los conceptos que utilizaremos a lo largo de este documento. No pretendemos presentar una revisión exhaustiva de dichos conceptos, sino más bien destacar los aspectos que nos parecen más útiles para una mejor comprensión del texto.

Odio:

Desde una aproximación psicológica, el odio, lejos de ser un constructo unidimensional que refleja miedo y se traduce en hostilidad, es un conglomerado que incluye una variedad de sentimientos, creencias y conductas que abarcan repugnancia, ira, miedo, estereotipos, segregación, violencia y devaluación, entre otras, y que pueden presentarse de forma aislada o en diferentes combinaciones a lo largo del tiempo y en cada individuo.

Por otro lado, nos interesa destacar la necesidad de abordar los mecanismos sociales y políticos que producen y reproducen el odio, y permiten la construcción social de unos “destinatarios” de ese odio: unos colectivos generalizados, estereotipados, y deshumanizados, identificados por su racialidad, religión, género, sexualidad, diversidad funcional, condiciones de vida, edad, etc.

En este sentido, entendemos el odio como un hecho colectivo y no espontáneo, provisto de un marco ideológico específico.

Delitos e incidentes de odio:

De acuerdo con la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), se utiliza la expresión delito de odio para



referirse a cualquier infracción penal donde la víctima o el objetivo de la infracción se elija por su conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo, definido por una característica común de sus miembros: su raza, orientación sexual, género, edad, etc. El “móvil” de este tipo de delitos es un prejuicio del perpetrador hacia una o más características de las personas que lo sufren: esta motivación es lo que diferencia un delito de odio de los delitos ordinarios, y es la que determina su particular peligrosidad.

Por otro lado, existen otros tipos de comportamientos motivados por los prejuicios de los ofensores que, a pesar de no constituir un delito, representan un claro ataque a la dignidad de las personas que los sufren. La OSCE y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea definen este tipo de actos como incidentes motivados por odio: es el caso, por ejemplo, de un insulto racista u homófobo, situaciones de *mobbing* escolar, discurso de odio en las redes sociales no perseguible penalmente, etc.

Víctima:

El Instituto de Victimología define a la víctima como persona afectada por un acontecimiento traumático (daño), sea este de la naturaleza u origen que sea. Asimismo, es víctima aquella que sufre las consecuencias de una agresión aguda o crónica, intencionada o no, física o psicológica, por parte de otro ser humano (Giner Alegría 2011: 29). La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta dañina.

En la categoría de víctima se incluyen además a las personas que tienen una relación inmediata con la víctima directa (familiares, amigos, miembros de un mismo grupo etc.), así como a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Algunos autores no identifican a la víctima con una o más “personas”, sino con un “carácter”: desde este enfoque, la expresión víctima hace referencia a la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento, determinado por factores de origen físico, psíquico, económico, político o social. Asimismo, el hecho de ser o haber sido víctima no define a una persona, sino a una “condición” que la persona adquiere al haber sido expuesta a o afectada por una violación de sus derechos.

En cuanto al Estatuto de la víctima⁶ del Estado español, define como víctima a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la

⁶ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

comisión de un delito. En este caso, la referencia a la comisión de un delito es importante por las consecuencias jurídicas que determina: se reconocen los derechos establecidos en el Estatuto (derechos procesales, de acceso a los servicios de asistencia y apoyo, medidas de protección etc.) solamente a las personas que hayan sido victimizadas por una conducta tipificada en el Código Penal.

Daño:

Con esta expresión identificamos un suceso anormal que irrumpe en la vida de la persona o colectivo vulnerabilizado, pudiéndola afectar de manera traumática y que, en el caso de los incidentes de odio, ataca a lo que la persona es y a su manera de estar en el mundo.

El concepto de daño está estrictamente vinculado al de violencia. La violencia es un fenómeno social, es decir, que atraviesa a la sociedad y permea el conjunto de las relaciones sociales. La violencia que produce un daño se puede entender como el uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, y que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones (Krug y otros, 2002).

Ofensor:

El ofensor es la persona que provoca el daño, es decir, quien ejerce la violencia hacia su(s) víctima(s).

Hemos optado por este concepto, si bien en la literatura de los ámbitos de la victimología, el derecho o la resolución de conflictos, entre otros, se usan también términos como victimario, agresor o perpetrador.

Las razones que explican las conductas delictivas o dañinas motivadas por el odio han sido abordadas desde enfoques psicológicos, sociológicos, económicos y psicosociales. De acuerdo con las tipologías de ofensores más aceptadas, parece que existan motivaciones diferentes –no solo vinculadas con los prejuicios de las personas que ofenden– en la base de este tipo de actuaciones. A título de ejemplo, la búsqueda de emociones, la atracción hacia la violencia, la inseguridad respecto a la propia identidad o hacia la propia orientación sexual son claves en la explicación de estas conductas.

Además, la naturaleza contingente del conflicto interpersonal, la multiplicidad de discursos a través de los cuales los prejuicios se articulan y refuerzan, la naturaleza defensiva de las emociones que apuntalan muchas formas de violencia y acoso, a menudo se combinan para hacer difícil que quienes cometen este tipo de acciones se vean a sí mismos como ofensores.

Comunidad:

Cuando hablamos de comunidad, consideramos al conjunto de actores involucrados directa o indirectamente con la interacción social: más específicamente, al referirnos a procesos de victimización, son las personas y los grupos afectados por el conflicto, así como las personas que están en posición de participar en la solución del mismo. En este sentido, el concepto de “comunidad” puede hacer referencia a realidades muy diferentes: una comunidad de vecinos y vecinas que viven en mismo bloque de edificios, una comunidad de intereses –pensemos, por ejemplo, en el tejido asociativo de un barrio o de un municipio–, una comunidad educativa, formada por el alumnado, las familias y el profesorado de una escuela, etc.

La comunidad es también el “contexto” de la acción: el contexto no es simplemente un espacio compartido por varias personas a la vez, sino que incluye también el momento histórico en el que se vive, así como la cultura a la que se pertenece en un momento determinado.

Tanto el ejercicio como el impacto del daño no pueden entenderse analizando solo a las personas directamente involucradas: la comunidad es el sistema que las contiene, las define y los regula, así como las conexiones y relaciones existentes entre ellas.



3

Justicia y prácticas restaurativas





Justicia y prácticas restaurativas



Nuestro sistema de justicia se dedica a lastimar a las personas que lastimaron a otras personas, supuestamente para demostrar que lastimar a las personas es lo incorrecto. Esto activa un ciclo interminable para perpetuar daños. La Justicia Restaurativa busca interrumpir este ciclo reparando el daño que se ha hecho a las relaciones humanas en el marco de los delitos o cualquier otra ofensa... Así, la Justicia es un campo para la sanación, no un campo de guerra.

Fania Davis

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

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

En las últimas décadas, ha venido usándose en múltiples contextos distintos, más allá del ámbito de la administración de la justicia penal, con la que inicialmente estaba vinculada. Así, se han venido aplicando los principios en que se basa la JR al abordaje y la prevención de problemáticas o conflictos diversos que comparten el hecho de tener un “efecto dañino” en personas y/o comunidades, incluyendo casos o situaciones donde no necesariamente se ha producido un acto constitutivo de delito.

3.1. El origen de la Justicia Restaurativa

Formalmente, la JR surgió a finales de los años 70 en Ontario (Canadá) en el ámbito del sistema de justicia penal para delitos considerados de menor gravedad⁷. Actualmente se aplica también en delitos más graves, así como en otros ámbitos más allá de la administración de justicia, como el escolar, el familiar, el religioso y el organizacional. Asimismo, a partir de la experiencia de la Comisión de Verdad y Reconciliación en Sudáfrica, se han desarrollado iniciativas para aplicar prácticas restaurativas a situaciones de violencia masiva en el marco de procesos de Justicia Transicional, más recientemente en el Acuerdo de Paz firmado en Colombia en 2016, como veremos en el capítulo 5.

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

De acuerdo con Fania Davis, el sistema de justicia indígena africano prioriza la sanación de la persona afectada luego de un conflicto. De esta forma, la persona responsable del daño generado, y muchas veces su familia, es interpelada para ofrecer una disculpa, compensación y reparación a la persona afectada y su comunidad (2017: 28).

⁷ En 1974 se dictó la primera sentencia de JR en el poblado de Kitchener, Ontario. Luego de que dos jóvenes vandalizaran 22 propiedades privadas, con la intervención del oficial de seguridad, gradualmente pudieron restituir el daño causado a sus habitantes. El éxito de este caso permitió establecer el primer programa de JR conocido como “Programa de Reconciliación entre víctima y ofensor”. Wachtel, T. y B.; O’Connell T. (2010).

En tal contexto, la comunidad tiene un rol fundamental puesto que:

(...) el concepto de familia en África abarca no solo la familia nuclear, sino también la familia extendida e inclusive personas que no comparten vínculos sanguíneos o de matrimonio, incluso la familia se extiende a los ancestros, aunque ya no vivan. Así de fuertes son sus vínculos en la comunidad, lo que le ocurre a una persona, puede ser una bendición o desgracia para todo el pueblo. El matrimonio une a dos tribus enteras, no solo a dos personas. Por el contrario, si alguna persona daña o agrede a otra, lo hace contra su respectivo linaje y pueblo. Por eso, ante un daño ocasionado, la responsabilidad recae no solo en el individuo que lo ocasionó, sino en la comunidad entera (Davis 2017: 28).

Para las culturas indígenas africanas, el sistema de justicia es una oportunidad para enseñar, enfatizar los valores comunitarios y reafirmar el sentido de interconexión que tenemos todas las personas. Las ofensas o los delitos se entienden como la ruptura o quiebre de los vínculos sociales, por lo que la justicia es una oportunidad para repararlos y fortalecer de nuevo los vínculos comunitarios a fin de mantener la armonía social (Davis 2017: 28).

Kay Pranis, luego de haber sido formada por comunidades indígenas de Canadá, sintetiza dos de los principales aprendizajes de la cosmovisión indígena: todas las personas estamos interconectadas; sin embargo, existen partes distintas en esta conexión y es importante mantener el equilibrio entre todas. Cada parte del universo contribuye a la totalidad y es igualmente valiosa (Pranis y Boyes-Watson 2010).

3.2.

La concepción del delito en los modelos de justicia retributiva y restaurativa

En general, los sistemas de justicia de modelos eurocéntricos se enfocan particularmente en el individuo que causó el daño, las leyes que se incumplieron y el castigo a imponer por el Estado. La JR, consistente con la cosmovisión indígena, se enfoca en el aspecto más relacional y comunitario partiendo de las necesidades y responsabilidades de quienes causaron el daño, quienes resultaron afectadas directa o indirectamente por el conflicto, buscando la participación de todas las personas que podrían tener un rol en cumplir las obligaciones creadas.

Davis explica que los sistemas de justicia adversarial crean intencionalmente dos partes opuestas para determinar quién está en lo correcto/incorrecto, quién es culpable/inocente, y quién ganará/será vencido en juicio. La JR entiende el delito como el quiebre de una vida, y la justicia como una forma de sanación. No hay partes opuestas, ambas entran en el proceso de justicia enfocadas en

la rendición de cuentas y la pregunta central es: ¿cómo sanamos y transformamos las relaciones y las estructuras que permitieron que se causara el daño? En la medida de lo posible, la JR busca la sanación de todas las personas involucradas, más que la victoria para una sola (Davis 2017: 32).

Howard Zehr, uno de los pioneros en la materia, señala que el delito es una herida en las relaciones humanas que requiere convalecencia/sanación (Zher, 1990: 181) y explica los dos enfoques distintivos entre la justicia penal retributiva y la JR (Zehr 2007: 27):

DOS PERSPECTIVAS DIFERENTES	
<p>JUSTICIA PENAL</p> <ul style="list-style-type: none"> – El crimen es una ofensa contra la ley y el Estado. – Las ofensas generan culpabilidad. – La justicia requiere que el estado determine culpabilidades e imponga castigos. – Eje central: que los ofensores reciban su justo merecido. 	<p>JUSTICIA RESTAURATIVA</p> <ul style="list-style-type: none"> – El crimen es una ofensa contra las personas y las relaciones interpersonales. – Las ofensas generan obligaciones. – La justicia involucra a víctimas, ofensores y miembros de la comunidad en un esfuerzo por enmendar el daño. – Eje central: las necesidades de las víctimas y la responsabilidad activa del ofensor en la reparación del daño.

TRES PREGUNTAS DIFERENTES	
<p>JUSTICIA PENAL</p> <ul style="list-style-type: none"> – ¿Qué leyes se violaron? – ¿Quién lo hizo? – ¿Qué castigo merece? 	<p>JUSTICIA RESTAURATIVA</p> <ul style="list-style-type: none"> – ¿Quién ha sido dañado? – ¿Cuáles son sus necesidades? – ¿Quién tiene la responsabilidad de atender estas necesidades?

Fuente: Howard Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*.

Zher señala que “el sistema legal se ocupa principalmente de las dimensiones públicas (del delito); es decir, de los intereses y responsabilidades de la sociedad que son representados por el Estado. Sin embargo, esta perspectiva minimiza o ignora en gran parte los aspectos personales e interpersonales del delito. Al resaltar la importancia de las dimensiones personales del delito, la justicia restaurativa busca aportar una visión más equilibrada a nuestra experiencia de justicia” (Zehr 2007: 17).

Dentro de esta concepción del delito, subyace una premisa básica acerca de la naturaleza de la sociedad: todos estamos interconectados. En hebreo existe la palabra “shalom” (vivir en total rectitud con el prójimo, con Dios y la naturaleza). Los indígenas maoríes de Nueva Zelanda usan la palabra “whakapapa”, para los pueblos indígenas navajos la palabra utilizada es “hozho” y para los pueblos mayas “in lak’éch”, que significa la pertenencia y relación en la comunidad: “yo no existo sin ti y tú no existes sin mí. Por lo tanto, existimos a partir del nosotros” (Zehr 1990: 26).

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

3.3.

Definiciones y caracterización de la Justicia Restaurativa

Podríamos decir que prácticamente hay tantas definiciones de la JR como expertas y organizaciones que la han estudiado o que la aplican. A continuación, veremos algunas propuestas y repasaremos los elementos centrales que se plantean en las distintas definiciones.⁸

Howard Zehr propuso la “definición operativa” –así la califica, a falta de consenso sobre una teórica– más referida en la literatura especializada, en la que establece un mínimo denominador común: la JR “requiere, como mínimo, que atendamos los daños y necesidades de las víctimas, que instemos a los ofensores a cumplir con su obligación de reparar esos daños, e incluyamos a víctimas, ofensores y comunidades en este proceso” (2007: 31).

Considera este autor que la JR es “un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible” (2007: 45).

⁸ Ver el debate de la reunión de 2002 del Grupo de Expertos sobre JR de la ONU sobre el concepto de JR, en E/CN.15/2002/5/Add.1, disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_11/E-CN15-2002-05-Add1/E-CN15-2002-5-Add1_E.pdf

Por su parte, en el preámbulo de los *Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal* (2002), Naciones Unidas estableció que la JR es una “respuesta evolucionada al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social a través de la sanación de víctimas, infractores y comunidad”.

En la segunda edición del *Manual de Programas de Justicia Restaurativa*, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, en sus siglas en inglés), se da esta definición: la JR “es una respuesta flexible, participativa, enfocada en la resolución de problemas para responder a la conducta criminal, que ofrece una respuesta complementaria o alternativa a la justicia. Puede mejorar el acceso a la justicia, especialmente para víctimas del delito y poblaciones marginalizadas o vulnerabilizadas, incluso en contextos de justicia transicional” (UNODC 2020: 1).

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

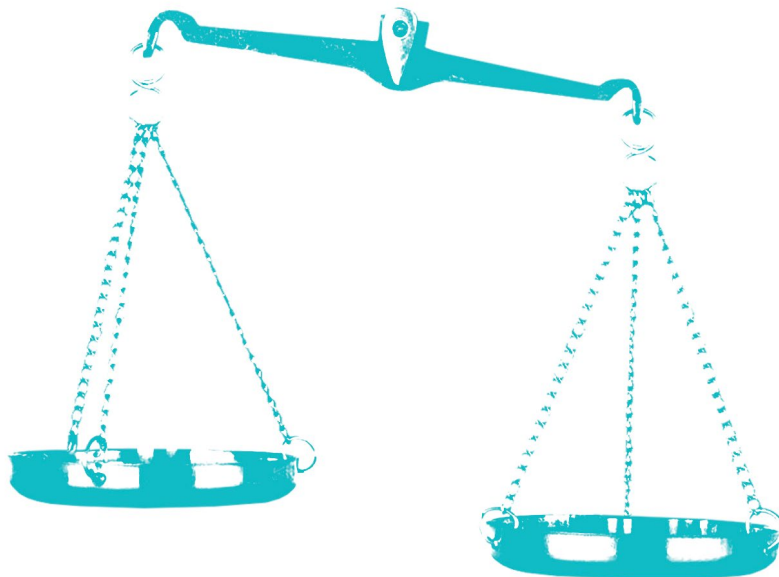
La JR reconoce la dignidad de ambas partes y busca reparar el daño ocasionado, así como mantener lazos sociales saludables entre comunidad, ofensor y víctimas. Para ello también se busca la participación de todas las partes afectadas, incluyendo la comunidad que se vio afectada por el evento y las instituciones gubernamentales involucradas.

Son interesantes las reflexiones de Fania Davis sobre la noción de castigo de la respuesta punitiva y sobre su impacto:

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

En todo caso, a modo de resumen, y siguiendo el *Manual de programas de JR* de la UNODC (2020:12) referido antes, las distintas definiciones propuestas tienen unos elementos en común, a saber:

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



3.4. Principios y objetivos de la Justicia Restaurativa

Diversos autores han hablado de los principios que deberían mantenerse en toda práctica restaurativa. Algunos de los principales promotores proponen los siguientes:

PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	
Howard Zher	Daniel Van Ness
<ul style="list-style-type: none"> – Centrarse en los daños y en las consiguientes necesidades de las víctimas, pero también de las comunidades y de los ofensores. – Atender las obligaciones que estos daños conllevan, tanto para los ofensores como para las comunidades y la sociedad. – Usar procesos incluyentes y colaborativos. – Involucrar a todos aquellos que tengan un interés legítimo en la situación, lo que incluye a las víctimas, los ofensores, otros miembros de la comunidad y a la sociedad en general. – Procurar enmendar el mal causado. 	<ul style="list-style-type: none"> – La justicia requiere que trabajemos a fin de que se ayude a volver a su estado original a aquellas personas que se han visto perjudicadas por un delito. – De desearlo, las personas que se han visto más directamente involucradas o afectadas por el delito, deben tener la posibilidad de participar de lleno en la respuesta. – El rol del Estado consiste en preservar el justo orden público; la comunidad debe construir y mantener una justa paz.

Según Gavrielides (2010: 194), las prácticas restaurativas se basan en los principios de inclusión, respeto, comprensión mutua y diálogo honesto y voluntario. Se trata de valores fundamentales que, si estuvieran plenamente arraigados en nuestras sociedades, harían impensables los delitos e incidentes de odio. Por ello, dice el autor, poner a las personas cara a cara frente a sus miedos y prejuicios puede ayudar a disipar los mitos y estereotipos que subyacen a las actitudes de odio, a la vez que permiten al ofensor ver a la víctima como la persona que es, desmontando la “otredad” deshumanizada.

Por otro lado, Gavrielides también señala que los procesos de encuentro directo pueden suponer riesgos: la posible revictimización de las víctimas si los ofensores no están dispuestos a en-

tablar un diálogo honesto, pues los prejuicios están profundamente arraigados en las personas ofensoras; el riesgo de que los acuerdos reparatorios se basen en una lógica de transacción utilitaria que responda principalmente a los deseos de venganza de la víctima o a las expectativas del mediador (hombre blanco de clase media); que las partes involucradas, incluida la persona que facilita los encuentros, no tengan un entendimiento común sobre el tema de reparación y eso dificulte los acuerdos.

Por su parte, Walters considera, con respecto a los fines de la JT (2014: 34):

El objetivo de la JR es que todas las partes involucradas encuentren reparación mediante el diálogo inclusivo seguido de acuerdos restaurativos. En la mayoría de los casos, esto significará que el ofensor repare el daño causado. Esta reparación no debe ser impuesta por personas externas, sino que las propias partes deben decidir juntas la mejor manera de resolver el conflicto (...). El proceso de diálogo que involucra la vergüenza (del ofensor) y/o las relaciones de empatía que se generan durante los encuentros restaurativos, pueden ser un catalizador adicional para transformar actitudes y comportamientos. El objetivo final es que el ofensor se reintegre en la comunidad de donde proviene con menores tendencias de volver a ofender.

Para Walters, la participación en encuentros restaurativos implica un proceso de avergonzar al ofensor que, junto con las conexiones empáticas que también se generan, pueden generar una transformación de actitudes y comportamientos (Walters 2014:36). También enfatiza que los objetivos de la JR no deben ser confundidos con lo que los procesos restaurativos pueden de forma realista lograr dentro de las sociedades complejas en que habitamos: no debemos confundir los objetivos de la JR con nuestras *expectativas* sobre la reparación del daño (Walters 2014: 55).

En el caso específico de delitos de odio, Walters enfatiza que deberíamos mantener cierta cautela respecto al impacto que la JR pueda tener en los actores involucrados, provenientes de distintos antecedentes sociales e identitarios. Temas relacionados con el desequilibrio en las relaciones de poder, las inequidades sociales y las diferencias culturales pueden crear vulnerabilidades que inhiban un proceso restaurativo (Walters 2014: 57).

Partiendo de esa cautela, Walters (2014: 58-59) refiere una serie de impactos potenciales de la JR aplicada a casos de odio y discriminación (delitos e incidentes) cuya validez requiere de más estudios científicos para ser rigurosamente comprobada, pero que parten de experiencias analizadas, nutren la reflexión y dan pistas interesantes para el propósito de este documento.

- La JR empodera a las víctimas de delitos de odio por cuanto ofrece una plataforma para verbalizar el dolor que los incidentes motivados por prejuicios le causaron (incluyendo los altos niveles de miedo, ansiedad y rabia que muchas experimentan). Esto, a la vez, contribuye a reducir las emociones negativas.

- La importancia de relatar la historia o vivencia es mayor en personas que previamente ya vivían una situación de carencia de voz. El poder contar la propia vivencia permite recobrar un poder que se ve afectado por la victimización por el delito de odio.
- La reparación que proporcionan las personas ofensoras permitirá a las víctimas (y a otras partes afectadas) liberarse de sentimientos de culpa, habituales entre víctimas de delitos de odio.
- Las promesas realizadas por las personas ofensoras de que la conducta dañina no se repetirá, ayuda a reducir los frecuentemente altos niveles de miedo que sienten las víctimas, permitiéndoles recuperar una sensación de seguridad en sus comunidades.
- Las víctimas de odio tienen la oportunidad de hacer preguntas a la persona ofensora sobre sus motivaciones. También la historia de la persona ofensora favorecerá las conexiones empáticas entre las partes, pudiendo sentar las bases de una nueva relación basada en el respeto mutuo. A su vez, esto reduce las posibilidades de reincidencia.
- Un diálogo inclusivo evoca la empatía a la que se ha resistido una persona que protagoniza una manifestación de odio. La verbalización del trauma provocado por la manifestación de odio puede inducir una reacción natural de arrepentimiento en la persona ofensora.
- Las víctimas y las personas de la comunidad que la apoyan ayudan a expresar la condena social apropiada de la intolerancia y el prejuicio, lo cual contribuye también a reducir las posibilidades de que la conducta dañina se repita.
- Las personas ofensoras conocen los efectos de su acción no solo en la víctima directa o primaria, sino también en otras personas que comparten una característica personal, de su identidad, lo cual mejora las relaciones entre grupos distintos.
- Las personas ofensoras adquieren un “aprendizaje moral” a través de una mayor comprensión de las diferencias culturales e identitarias, lo cual puede contribuir a catalizar un cambio de actitud más amplio.

Estos impactos nos remiten a múltiples objetivos de los procesos restaurativos: a los relativos a la reparación emocional y social de las víctimas, a su derecho a la verdad, así como al derecho a la no repetición, a la transformación de los conflictos subyacentes, al abordaje de las causas estructurales que están en la base de las conductas de odio y discriminatorias. Y en relación específicamente con la persona ofensora, aluden también a la rehabilitación y la reinserción social.

Sin embargo, volviendo a la cautela que recomienda Walters, cabe señalar también los factores que pueden limitar los resultados de estos procesos, a saber (2014: 60-61):

- La distancia social entre víctima y ofensor, que puede dificultar la generación de conexiones empáticas, centrales para reparar las relaciones dañadas.

- El que la “cultura discriminatoria” esté arraigada y extendida en el entorno social, por la que el relato de la víctima puede generar reacciones hostiles en la persona ofensora y las personas de la comunidad que la apoyan.
- La posibilidad de que la persona ofensora, imbuida por un sentido de justificación del propio comportamiento, logre manipular el proceso y desviar la condena y la culpa hacia “el otro”.
- La situación de vulnerabilidad de muchas víctimas de delitos de odio y la preexistente relación desigual con respecto a la persona ofensora puede minar el proceso de JR, pudiendo incluso provocar una re-victimización.
- Los procesos restaurativos facilitados por personas de grupos con “características personales dominantes” perpetúan los desequilibrios de poder inherentes a la mayoría de casos de odio y discriminación, mediante la imposición de normas y valores culturales hegemónicos entre personas de grupos minoritarios.
- Si el proceso restaurativo no consigue generar una condena social por parte de los miembros de la comunidad con respecto a la conducta dañina de la persona ofensora, es difícil que la víctima pueda sentirse verdaderamente reparada, mientras que la persona ofensora podría reintegrarse en una comunidad que apoya tales conductas.

3.5.

Procesos y prácticas de Justicia Restaurativa

A efectos más bien didácticos, el Instituto Internacional de Prácticas Restaurativas (IIRP) distingue la *justicia restaurativa* de las *prácticas restaurativas*. Según su fundador, Ted Wachtel, “empezamos a usar el término “prácticas restaurativas” porque nos percatamos de que la justicia es solo una de las muchas áreas de la actividad humana que puede beneficiarse del enfoque restaurativo. También es relevante para la educación, la crianza de los hijos, el liderazgo organizacional, el trabajo social, la psicología, la consejería, y todo aquello que involucre el manejo y motivación de seres humanos y la necesidad de establecer la disciplina social (...). Comenzamos a pensar en términos de prácticas restaurativas *proactivas* y *reactivas* ya que se pueden usar no solo para reaccionar ante un mal comportamiento, sino también antes de que ocurra cualquier mal comportamiento pues su uso refuerza lazos emocionales y construye relaciones” (Wachtel y O’Connell 2010: 166).

Las prácticas restaurativas, según las define Wachtel en la web del IIRP⁹, “son una ciencia social que estudia cómo generar capital social y alcanzar una disciplina social a través de un aprendizaje y toma de decisiones participativos”. Las prácticas restaurativas también incluyen el uso de procesos informales y formales que anteceden a las conductas indebidas o que se implementan una vez que ocurrió el conflicto.

En cuanto al concepto de JR, el IIRP lo define como un subgrupo de prácticas restaurativas: la JR es reactiva, consta de respuestas formales o informales al delito y a otras conductas indebidas una vez que estas ocurren. Siguiendo con la concepción de Wachtel, la JR proporciona una prevención terciaria, que se introduce después de que el problema ha ocurrido, con la intención de evitar la recurrencia. Por el contrario, las prácticas restaurativas amplían ese esfuerzo con la prevención primaria, que se introduce antes de que el problema ocurra.

En resumen, ya sea como una forma preventiva de fortalecer las relaciones humanas y evitar posibles conflictos, o bien, una vez ocurrido el conflicto, la ofensa o el delito, para reequilibrar los vínculos dentro de una comunidad dignificando a quienes estuvieron inmersos en el conflicto, los principios que guían la filosofía restaurativa y sus valores fomentarán ir más allá del aspecto legal de la situación, dando voz y espacio para la expresión emocional de todas las partes, escuchando sus necesidades y, básicamente, humanizando las interacciones sociales.

3.6. Tipos de procesos, herramientas y prácticas restaurativas y principales características

Respecto a qué caracteriza la justicia y las prácticas restaurativas, Zher señala (2007: 63) que no todas las formas de JR implican un encuentro directo entre las partes y no todas las necesidades de las partes implicadas pueden satisfacerse por medio de un encuentro. Precisa el autor que “si bien es cierto que muchas necesidades de las víctimas tienen que ver con el ofensor, hay otras que no lo involucran. Del mismo modo, algunas necesidades y obligaciones del ofensor no tienen nada que ver con la víctima”.

⁹ <https://www.iirp.edu/restorative-practices/defining-restorative/>

Debido a que no siempre será posible o deseable reunir a víctimas y ofensores, Zher apunta la necesidad de hablar de los modelos de JR “como si formaran un continuo, desde los plenamente restaurativos por un lado, hasta los no restaurativos por el otro, con algunos puntos o categorías entre los extremos” (2007: 67). Propone una escala gradual de las prácticas de JR, clasificándolas como sigue:

- Plenamente restaurativas
- Mayormente restaurativas
- Parcialmente restaurativas
- Potencialmente restaurativas
- Pseudo o no restaurativas

El grado en que partes (víctima, ofensor y comunidad) se involucren en un intercambio emocional significativo y en la toma de decisiones será el grado en el que cualquiera de estos modelos se acercará o no a ser completamente restaurativo. El proceso más restaurativo involucra la participación de las tres principales partes interesadas.

De acuerdo con esta gradación, cuando las prácticas de la justicia penal involucran solamente a una de las partes interesadas, como en el caso de la compensación financiera dada por el gobierno a las víctimas o un trabajo de servicio comunitario significativo asignado a los ofensores, al proceso solamente se le puede llamar parcialmente restaurativo. Cuando un proceso como los encuentros víctima-ofensor incluye a dos de las principales partes interesadas, pero excluye a sus comunidades afectivas, el proceso es mayormente restaurativo. Solamente cuando todas estas tres principales partes interesadas están involucradas activamente, como en las reuniones o círculos, éste es un proceso plenamente restaurativo.¹⁰

Walters, citando a Johnstone y Van Ness, señala que para que un proceso pueda considerarse restaurativo, deberían cumplirse los siguientes atributos (2014: 36):

- El proceso debería ser relativamente informal con el objetivo de involucrar a la víctima, al ofensor y a otras personas cercanas a ellos (o al delito) en un diálogo sobre lo que ocurrió, por qué ocurrió, los daños que resultaron y qué debería hacerse para reparar los daños.
- El énfasis debería darse en empoderar a las personas que han sido afectadas por el delito.
- Las personas facilitadoras de cualquier práctica restaurativa deben promover una respuesta al delito que se enfoque en la responsabilidad y en la reparación, en lugar del etiquetamiento, castigo o estigmatización de las personas ofensoras.

¹⁰ Además de la obra de Zehr (2007), véase también: McCold, P, & Wachtel, T (2003). *In pursuit of paradigm: A theory of restorative justice*. XIII World Congress of Criminology, Rio de Janeiro, Brazil.

- Las decisiones deben basarse en valores establecidos tales como equidad, respeto e inclusión, y por lo tanto, se debe evitar que alguno de los actores involucrados domine las decisiones.
- Debería dedicarse tiempo para hablar sobre los daños, las necesidades de las víctimas y lo que necesitan para recuperarse de su experiencia de victimización.
- Finalmente, el énfasis debería colocarse en fortalecer las relaciones y resolver el conflicto.

Como se ha apuntado ya, la JR se ha venido aplicando en la administración de la justicia penal (como un complemento en procesos judiciales, y también como una alternativa) y, fuera de ese ámbito, se ha usado en otros contextos a los que nos referiremos más adelante. En el marco de los procesos judiciales penales, se aplica en distintas fases: antes del procedimiento judicial, durante el mismo o en la fase post-sentencia. En cada país se encuentran formas distintas de institucionalizar la JR, con muy variados niveles de regulación legislativa de los procedimientos que hay que seguir: desde la detalladísima Ley de Justicia Restaurativa de Costa Rica¹¹, hasta el escasísimo reconocimiento en la legislación española, que veremos en el capítulo 4.

Hay tres prácticas o herramientas distintas que han tendido a dominar la aplicación de la JR en el ámbito penal¹², aunque no son las únicas. Podrían resumirse en tres grandes grupos:

1. Mediación víctima-ofensor: quizá sea la práctica restaurativa más reconocida y dependiendo del país, recibe otros nombres como reunión víctima-ofensor, mediación penal, diálogo víctima-ofensor, diálogo mediado, etc. Involucran principalmente a víctimas y ofensores. Con la ayuda de un facilitador imparcial, sostienen un diálogo sobre el delito o incidente que ha generado un daño y su impacto. El ofensor debe reconocer o, cuando menos, no negar su responsabilidad antes de iniciar el proceso dialógico, que en caso de éxito, resulta en un acuerdo entre las dos partes en que el ofensor se compromete a reparar los daños mediante las medidas que se acuerden. Estos encuentros pueden realizarse de forma directa o indirecta (como se detalla más abajo).
2. Conferencias restaurativas, también denominadas conferencias comunitarias o conferencias familiares: modelo originalmente de Nueva Zelanda, del cual surgieron con algunos cambios las reuniones restaurativas difundidas en Australia y posteriormente en EEUU, Canadá e Inglaterra¹³,

¹¹ Se trata de la Ley N° 9582 de Justicia Restaurativa, disponible en: <https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/index.php/servicios-a-la-ciudadania/justicia-restaurativa>

¹² Para una información detallada sobre las distintas herramientas que están siendo usadas, ver el Capítulo 3 del *Manual de programas de justicia restaurativa* de la UNODC, antes referido, en su edición de 2020.

¹³ Las reuniones restaurativas empezaron en 1989 en Nueva Zelanda como parte de la Ley de Niños, Jóvenes, y Familias, ley que dio forma a las “reuniones restaurativas del grupo familiar” y surgió por el descontento de la comunidad nativa maorí, respecto a cómo los tribunales manejaban las infracciones y temas de bienestar social de los menores de edad. En 1991, un oficial de la policía de Wagga Wagga, Nueva Gales del Sur, en Australia, adaptó el esquema de las reuniones restaurativas y creó un “Guión para el facilitador de las juntas restaurativas”, que fue expandido a EEUU en la década de los 90.

en México se conocen como “juntas restaurativas”. Además de las víctimas y ofensores y sus respectivas familias, también pueden estar presentes representantes de la comunidad afectada, familiares y amistades, y autoridades de la justicia, cuerpos de seguridad, así como facilitadores de la conferencia. Se utilizan guiones establecidos para facilitar el diálogo, que pretende que se reconozca el impacto de la conducta dañina más allá de la víctima directamente afectada.

3. Círculos: Esta metodología es un proceso simple pero estructurado que fortalece la conexión y empatía de un grupo o comunidad, que puede o no estar enmarcado en un procedimiento judicial. Los círculos pueden usarse para facilitar procesos de sentencia, en vecindarios para abordar la preocupación de sus residentes sobre delitos o conductas anti-sociales, para resolver quejas contra miembros de las fuerzas de seguridad o de servicios penitenciarios, así como en conflictos entre comunidades y en casos de delitos de odio (UNODC 2020: 30).

Lo que tienen en común estos modelos es que la participación de sus integrantes es voluntaria y hay una preparación previa al encuentro directo entre las principales partes involucradas (sobre todo cuando se tratan ofensas o conflictos). En algunos modelos –como la junta restaurativa– se inicia con quien cometió el delito. En la reunión víctima-ofensor, sobre todo cuando se trata de delitos graves, el proceso se inicia a solicitud de la víctima, en la mayoría de los casos.

Cuando no es posible realizar encuentros directos entre víctimas y ofensores, se pueden realizar encuentros con víctimas sustitutas (que no están relacionadas con el ofensor directamente, pero sí fueron víctimas de ofensas similares a las que se imputan al ofensor). En algunos países se han facilitado intercambios de cartas o grabaciones de videos, ya sea como una forma de preparación –si es que ambas partes acceden a un encuentro directo– o bien, como una alternativa al encuentro directo.

En todos los modelos, quienes guían y supervisan estos procesos generalmente son personas facilitadoras certificadas que explican con antelación a cada integrante el proceso restaurativo que se va a realizar y cuáles son las posibles consecuencias. Se intenta generar confianza para que las personas cuenten su parte de la historia, se les prepara para los posibles escenarios que pudieran darse en un encuentro, entre otras cosas. Otra característica común es que quien facilita el proceso no impone acuerdos o soluciones. Cada modelo brinda a los participantes la oportunidad de explorar hechos, sentimientos y resoluciones, teniendo un rol imparcial quien facilita los procesos (Zehr 2007: 54-55).

Dependiendo del modelo que se use, de la gravedad del delito, de las personas y su situación particular, las preparaciones pueden implicar solo una o varias reuniones. En los encuentros donde estarán presentes las personas que han causado algún daño, es requisito que reconozcan por lo menos algún grado de responsabilidad.

Un aspecto fundamental de estos modelos es que quienes han sufrido un daño y quienes lo han causado, no mantienen las etiquetas de “víctimas/sobrevivientes” u “ofensores/delincuentes” de forma permanente. Los procesos restaurativos evitan la sobre identificación con estas etiquetas, pues la atención está en los hechos ocurridos y no en la estigmatización de las personas involucradas. Las etiquetas mencionadas son condiciones temporales, no una identidad permanente.

Tanto en las conferencias como en los círculos existe una participación activa de la comunidad que haya sido afectada por la ofensa. Algunos promotores de la JR, como el juez Barry Stuart y Kay Pranis, afirman que cuando el Estado actúa en nuestro nombre, debilita nuestro sentido de comunidad. Por ello, al ser las ofensas una ola que impacta más allá de las víctimas directas, se debería considerar a miembros de la comunidad como víctimas indirectas. Además, la comunidad puede jugar un rol fundamental en asumir responsabilidades frente a las víctimas o los ofensores.¹⁴

La metodología de los Círculos de Paz permite mayor versatilidad en su aplicación, pues no requieren el encuentro directo entre víctimas y ofensores. Se pueden realizar Círculos de Apoyo solamente entre víctimas, Círculos Restaurativos solamente entre ofensores o Círculos de Diálogo solamente con la comunidad, por mencionar solo alguna de sus modalidades. También se han aplicado círculos fuera del ámbito penal para resolver conflictos laborales o Círculos para promover el sentido de comunidad en un grupo.

En cualquier círculo se puede considerar la participación de la comunidad, ya sea representada por organizaciones de la sociedad civil o personas respetadas por la comunidad en la que hayan ocurrido los hechos. En las comunidades indígenas, por ejemplo, los ancianos asumen un rol importante, dirigiendo el círculo o impartiendo consejos ante la situación.

El círculo es un proceso de diálogo que trabaja intencionalmente en la creación de un espacio seguro y respetuoso en el cual se puedan discutir asuntos de todo tipo, particularmente los difíciles o dolorosos, con el fin de generar entendimiento, mejorar las relaciones interpersonales y crear responsabilidad y compromisos para resolver las diferencias.

La intención del círculo es encontrar resoluciones que le sirvan a cada miembro del círculo. El proceso se basa en la presunción de que todas las personas participantes tienen igual valor y dignidad. Por lo tanto, proporciona voz igual a todas las participantes: cada una tiene algo positivo que ofrecer al objetivo de encontrar una buena solución a la situación en cuestión.

¹⁴ Véase: Bazemore, G. y Shiff, M. (2001). *Restorative Community Justice: repairing harm and transforming communities*. EEUU: Ed. Anderson.

Los modelos aquí descritos se diferencian por la cantidad y las categorías de las partes incluidas en cada uno, y por ciertas diferencias en los estilos de facilitación: algunos, como las juntas restaurativas, siguen guiones preestablecidos para los encuentros, mientras otros usan esquemas más generales que la persona facilitadora tendrá que adaptar al caso en cuestión.

En suma, algunas características generales de las metodologías anteriormente descritas son:

- La participación de todas las partes es voluntaria.
- Se requiere una preparación previa al encuentro directo entre las principales partes involucradas.
- Cuando no es posible realizar encuentros directos entre víctimas y ofensores, se pueden realizar encuentros indirectos o con víctimas sustitutas.
- Es conveniente que quienes guían y supervisan estos procesos sean personas facilitadoras certificadas.
- Quien facilita el proceso no impone acuerdos o soluciones.
- La generación de un diálogo respetuoso entre las personas participantes donde cada una pueda contar su verdad, su historia, y su experiencia es un elemento fundamental.
- En los encuentros en los que participan las personas que han causado algún daño, es requisito que reconozcan, por lo menos, algún grado de responsabilidad.
- La atención se centra en los hechos y no en la estigmatización de las personas involucradas.
- Puede existir una participación activa de la comunidad afectada por la ofensa, en tanto víctimas indirectas, ya sea representada por organizaciones de la sociedad civil o personas respetadas por la comunidad donde hayan ocurrido los hechos.

Para cerrar este apartado, podemos referirnos al estudio realizado por Walters de dos programas enfocados en abordar delitos e incidentes de odio en Inglaterra: el primero, en Londres, un programa de mediación denominado *Hate Crimes Project*, realizado por una organización independiente llamada *Southwark Mediation Centre*; el segundo, consistente en prácticas restaurativas utilizadas por facilitadores en diversos centros, escuelas y por la policía en los estados de Devon y Cornwall, que utilizaban distintas prácticas (mediación víctima-ofensor, conferencias familiares, mediación comunitaria basada en principios restaurativos, etc.). Walters encontró las siguientes similitudes y aprendizajes sobre lo que ayuda a reparar el daño en casos de delitos de odio (2014: 118-119):

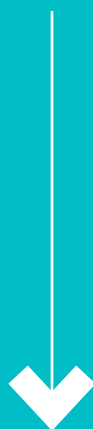
1. La importancia para las víctimas de poder contar su historia (la dimensión de *story-telling* de los procesos): las víctimas ganaron mayor estabilidad emocional luego de poder verbalizar los daños que sufrieron, incluyendo poder hablar más sobre su identidad y cómo les afectaron los prejuicios que motivaban las acciones del ofensor o bien de la comunidad más amplia.

2. Las promesas de desistimiento: este fue un factor fundamental para la recuperación emocional de la mayoría de las víctimas. Sin embargo, no era hasta que observaron que efectivamente los ofensores cumplían con sus promesas de no volver a atacarles, que las víctimas solían ser capaces de superar la experiencia de abuso.
3. El apoyo de las personas facilitadoras: para muchas de las víctimas era muy significativo que la persona facilitadora escuchara su versión sobre los hechos, facilitara los encuentros con las otras partes para resolver los conflictos y les diera seguimiento luego de haber alcanzado acuerdos reparatorios para saber si efectivamente las agresiones habían cesado. Esto les transmitía la sensación de que su caso era tratado con seriedad.
4. Reparación: en la mayoría de los casos resueltos por la mediación comunitaria, aunque el ofensor no solía ofrecer disculpas explícitas hacia la víctima, sí se mostraba un lenguaje no verbal que daba indicios de que una nueva relación entre las partes era posible luego del conflicto (como despedirse con un apretón de manos, sonreírse, o darse una palmada en el hombro). En los casos relacionados con prácticas restaurativas, si bien era más común ver disculpas sinceras por parte del ofensor, no era un requisito necesario pues lo más importante de este proceso era dar el espacio para entender los motivos por los cuales los ofensores actuaban de tal manera y a las víctimas explicar su historia sobre los impactos recibidos, lo cual en sí ya era un proceso restaurativo, más allá de las disculpas explícitas como una forma de reparación.



4

Justicia Restaurativa en Europa, el Estado español y Catalunya: apuntes sobre el marco legal y aplicaciones prácticas





Justicia Restaurativa en Europa, el Estado español y Catalunya: apuntes sobre el marco legal y aplicaciones prácticas

Este capítulo quiere dar un contexto normativo básico refiriendo los instrumentos más relevantes sobre JR adoptados en el sistema universal de derechos humanos –el que se articula en torno a la Organización de las Naciones Unidas (ONU)–, para a continuación adentrarnos en las normativas y prácticas propias del contexto europeo, refiriéndonos a los dos sistemas que conviven, el del Consejo de Europa (CdE) y el de la Unión Europea (UE) y, por último, hacer una breve descripción del marco jurídico del Estado español y de Catalunya y del recorrido que ha tenido hasta la fecha la JR.

4.1.

Principales elementos de la normativa internacional

4.1.1. Estándares y recomendaciones del sistema universal (ONU)

En el sistema universal, en 1985, la Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder¹⁵, ya indicó en su párrafo 7º que “se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas”.

En el 2002, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), adoptó la Resolución 2002/12 sobre Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal¹⁶, en que se proponen unas definiciones sobre la JR suficientemente genéricas como para poder englobar la diversidad de procesos y experiencias que se estaban realizando en el planeta, una serie de criterios o requisitos para poder implementar procesos de JR y otros aplicables a su desarrollo.

Respecto a los criterios para determinar la pertinencia de su uso, la Resolución recoge, entre otros: la posibilidad de aplicarse en cualquier etapa del sistema de justicia penal; la necesidad de contar con pruebas suficientes para inculpar al ofensor, así como con el consentimiento tanto de la víctima como del ofensor; la voluntariedad de los acuerdos que se alcancen; y la necesidad de considerar las desigualdades existentes entre las partes, así como su seguridad.

En relación al funcionamiento de los procesos restaurativos, establece la necesidad de respetar las garantías procesales básicas en relación con la víctima y el ofensor (derecho a la información, al asesoramiento por parte de letrado, etc.); la confidencialidad en los procesos que no sean públicos; la necesidad de articulación con el sistema penal (supervisión judicial o incorporación en sentencias o decisiones judiciales de los acuerdos alcanzados a resultados del proceso restaurativo; medidas en caso de incumplimiento de los acuerdos, etc.).

¹⁵ Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>

¹⁶ Disponible en: [https://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Justicia%20Restitutiva%20\(2002\).pdf](https://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Justicia%20Restitutiva%20(2002).pdf)

En 2006, la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito publicó el *Manual de programas de justicia restaurativa*, del que se ha publicado en 2020 una versión actualizada, con un desarrollo de los principios de la Resolución 2002/12. El Manual, al que nos hemos referido en el capítulo 3, propone definiciones de conceptos clave, sistematiza el conjunto de valores y principios en que se basa el paradigma de la JR, describe los principales tipos de programas y metodologías, y da orientaciones y recomendaciones prácticas para su implementación, adaptándose a los distintos sistemas de justicia penal y considerando las diversas circunstancias legales, sociales y culturales que influyen en ellos.

Si bien no se trata de instrumentos o normativas vinculantes, sí que aportan elementos conceptuales clave, además de demostrar un creciente interés por un paradigma de lo que se entiende por justicia y de la resolución de conflictos muy distinto al mayoritariamente aplicado en todo el mundo.

Siguiendo el resumen propuesto por el *Manual* en su edición de 2020, los programas de JR que adopten de los Estados miembros en el contexto de sus sistemas legales, deben proteger los siguientes derechos de las víctimas y los ofensores:

- El derecho de la víctima y del ofensor a consultar con un asesor legal sobre el proceso restaurativo.
- El derecho de niñas y niños que participan en un proceso de JR a la asistencia de su madre o padre o tutor.
- El derecho de las partes a ser plenamente informadas sobre sus derechos, la naturaleza del proceso de JR y las posibles consecuencias de participar en el mismo.
- El derecho a no participar.
- El consentimiento libre e informado tanto de la víctima como del ofensor son requisitos clave. No se puede coaccionar ni inducir mediante medios injustos a la participación en procesos de JR ni a aceptar resultados restaurativos.

También deben incluirse importantes salvaguardias procesales:

- La participación de un ofensor en un proceso de JR no puede ser usada como prueba de admisión de culpa en subsiguientes procedimientos legales.
- Los acuerdos resultantes de un proceso restaurativo deben ser alcanzados de forma voluntaria y solo deben contener obligaciones razonables y proporcionadas.
- La confidencialidad de los procedimientos debe ser protegida.
- El hecho de no alcanzar un acuerdo no debe ser usado contra el ofensor en subsiguientes procedimientos de la justicia penal.

Un último texto que cabe referir es el *Informe del Secretario General de Naciones Unidas de 2018 de Resultados de la reunión de personas expertas sobre justicia restaurativa en el ámbito*

penal,¹⁷ en que se observa que, en los últimos 15 años, la JR ha generado resultados prometedores en relación con un amplio abanico de situaciones, incluyendo delitos graves, casos que implican a un gran número de víctimas y ofensores, violaciones de derechos humanos sistémicas e institucionalizadas, la prevención del delito y la reintegración, mientras que también ha sido usada en otros sistemas y escenarios (como las escuelas y comunidades) para abordar el daño y el conflicto. El informe también apunta a la posibilidad de usar la JR en el contexto de “otros asuntos graves actuales”, como los delitos de terrorismo, los delitos de odio y los conflictos intergrupales.

4.1.2. Normas y recomendaciones de los sistemas europeos (CdE y UE)

En el sistema regional del CdE, podemos referirnos a la Recomendación (99)19, sobre Mediación en Asuntos Penales, y sus revisiones posteriores, siendo la mayor contribución al impulso a la JR la Recomendación CM/Rec (2018)8 sobre justicia restaurativa en el ámbito penal.¹⁸

Esta recomendación de 2018 tiene el objetivo de promover el desarrollo y uso de la JR por parte de los Estados miembros en sus sistemas penales. Establece estándares para el uso de la JR en el contexto del procedimiento penal y para la salvaguarda de los derechos de las personas participantes, a la vez que se maximiza la efectividad del proceso en términos de satisfacción de las necesidades de dichas participantes. También quiere fomentar el desarrollo de enfoques restaurativos innovadores, que vayan más allá del procedimiento penal, por parte de las autoridades judiciales, así como por actores públicos y privados del ámbito de la justicia penal y la JR.

Los postulados de la recomendación suponen la introducción de un cambio de paradigma; además, se aportan definiciones y principios operativos generales y orientaciones prácticas basadas en una serie de consideraciones de las que destacamos algunas:

- Se reconoce que la JR puede ser tanto un complemento como una alternativa a los procedimientos penales tradicionales.
- Se considera la necesidad de aumentar la participación de las partes, incluyendo a la víctima, el ofensor, otras partes afectadas y la comunidad en el abordaje y la reparación del daño causado por el delito.

¹⁷ ECOSOC, E/CN.15/2018/13, *Outcome of the expert group meeting on restorative justice in criminal matters*, 18 de febrero de 2018, disponible en: <https://covrj.uk/documents/Outcome-Expert-Group-Meeting-RJ-Criminal-Matters.pdf>

¹⁸ Adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 3 de Octubre de 2018. Versión inglesa (a falta de traducción oficial al castellano en diciembre de 2020), disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016808e35f3

- Se reconoce el interés legítimo de las víctimas en tener un mayor rol en la respuesta a su victimización, en comunicarse con el ofensor y en obtener reparación y satisfacción en el marco del proceso de justicia.
- Se reconoce que la JR puede incrementar la conciencia sobre el importante papel de las personas y las comunidades en la prevención y la respuesta al delito y los conflictos asociados a este, favoreciendo así respuestas más constructivas de la justicia penal.
- Se reconoce que el crimen supone una violación de derechos y relaciones individuales, cuya reparación requiere una respuesta que va más allá de las sanciones penales.

Se define la JR como cualquier proceso que permite a aquellas personas dañadas por un delito y a las responsables de ese daño, si dan su libre consentimiento, participar activamente en la resolución de las cuestiones generadas por el delito, con el apoyo de una tercera parte imparcial y formada (el/la facilitador/a). Con esta definición, se va más allá de la mediación, en que se centraba la normativa anterior del CdE, incluyendo otros procesos de JR.

Respecto a los principios básicos de la JR, se proponen, entre otros, los siguientes:

- Los principios de participación de las partes y de reparación del daño (considerados los principios centrales de la JR), esto es, la participación activa de “las partes”, incluyendo a la víctima, el/la ofensor/a y la comunidad, en la resolución del delito mediante respuestas orientadas principalmente a abordar y reparar el daño causado por el delito a individuos, relaciones y la sociedad.
- El carácter voluntario, que debe basarse en un consentimiento libre e informado.
- El diálogo respetuoso y deliberativo.
- La igual consideración de las necesidades e intereses de las partes implicadas.
- El acuerdo colectivo, consensuado por las partes.
- El foco en la reparación, la reintegración y en alcanzar una comprensión mutua.
- El carácter confidencial, excepto acuerdo de las partes.

Además, se indica que la JR debe ser un servicio que esté “generalmente disponible” y al que se pueda recurrir en cualquier fase del procedimiento penal. Por su parte, las agencias de JR (que pueden ser públicas o privadas) deben tener suficiente autonomía en relación con el sistema penal. Se debe encontrar un equilibrio entre su necesidad de autonomía y la de garantizar la adhesión a los estándares prácticos (o normas de actuación).

En cuanto a las orientaciones prácticas de la recomendación, no las detallamos aquí, aunque cabe destacar algunas cuestiones. Varias orientaciones se centran en el rol, las normas de actuación

y la formación necesaria de las personas encargadas de la facilitación de los procesos de JR, así como la necesidad de supervisión, monitoreo y evaluación de los servicios de JR.

Los servicios de JR deben proveer un espacio seguro y confortable para el proceso de JR. La persona encargada de facilitar el proceso debe tomar el tiempo suficiente para preparar a las partes para su participación y ser sensible a cualquier vulnerabilidad de las partes (incluyendo las que pueden exigir que se pause o pare el proceso). Además, la JR debe realizarse de forma eficiente, a la vez que a ritmos que sean gestionables por las partes.

Con respecto a los acuerdos que pueden resultar de los procesos de JR, la recomendación establece que deben incluir acciones justas, realizables y proporcionales con las cuales las partes consientan de manera libre e informada. No necesariamente deben incluir resultados tangibles, y deben basarse en las ideas de las partes, siendo al respecto mínima la intervención de la persona facilitadora, limitándose a que el contenido de los acuerdos no sea desproporcionado, injusto o poco realista.

Un último aspecto de la recomendación que destacamos es que señala la necesidad de que los principios de la JR sean conocidos por el conjunto de profesionales de la justicia, que puedan también ser aplicados en el sistema de justicia penal, más allá de los procedimientos penales, apuntando así a un cambio de cultura que va más allá del desarrollo de servicios específicos de JR.

Respecto al sistema regional de la UE, y ahora sí nos adentramos en normativa vinculante para los Estados miembros de la UE, es preciso referir la Decisión Marco de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹⁹, de la que cabe destacar, primero, que en su exposición de motivos advierte de que “es importante concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimización secundaria”, mientras que su Art. 10 incentiva el uso de la mediación penal por los Estados parte en relación con las infracciones “que a su juicio se presten a este tipo de medida”.

En 2012, fue adoptada la Directiva 2012/29/UE, que sustituye la Decisión Marco que acabamos de referir, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos²⁰, cuyo principal objetivo es fortalecer la protección y garantía de derechos de las víctimas del delito en el marco del proceso penal.

19 Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la UE, de 15 de marzo de 2001, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32001F0220>

20 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf>

Parece interesante destacar algunos elementos del preámbulo de la Directiva, de particular relevancia para el objeto de nuestro estudio, que presentan las coordenadas conceptuales y apuntan los enfoques en que se basa el articulado que establece las normas propiamente dichas. En el párrafo 9 se configura el marco conceptual en que se asienta la normativa de “mínimos” que desarrolló la Directiva: “El delito constituye un injusto contra la sociedad y una violación de los derechos individuales de las víctimas”. Así, se concibe el delito en su doble dimensión de afectación social e individual a los derechos de la persona, aunque con términos que remiten a la formalidad de las normas del Estado, más que al daño a la persona.

Por otro lado, se da un gran paso adelante en la consideración de la víctima durante el proceso judicial, de sus condiciones, necesidades y situación, recordando la prohibición de discriminar y señalando la crucial necesidad de evitar la victimización secundaria. Cabe destacar también que se hace referencia a la JR como un servicio incorporado en el sistema penal, pasando por alto la contradicción de enfoques y principios del paradigma restaurativo con respecto al retributivo, imperante en los ordenamientos penales europeos.

Más adelante, el párrafo 38, establece que “Los servicios de apoyo especializado deben basarse en un enfoque integrado y preciso que tenga en cuenta, en particular, las necesidades específicas de las víctimas, la gravedad del daño sufrido como consecuencia de un delito, así como la relación entre las víctimas, los infractores, sus hijos y su entorno social más amplio”. Si bien no se llega a plantear que esas necesidades de las víctimas deban ser centrales, al menos establece que deben ser tenidas en cuenta.

Con respecto a la JR, el párrafo 46 reconoce la utilidad potencial para “ayudar a la víctima” que tienen los servicios de JR,²¹ ejemplificados en un listado no exhaustivo que incluye la mediación víctima-ofensor, las conferencias y los círculos –con los que ya se va más allá de la mediación–. Advierte sobre la necesidad de mantener garantías para “evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias”, por lo que los servicios deben tener como prioridad la satisfacción de “los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional”.

El mismo párrafo hace una serie de consideraciones operativas. Propone factores que deben ser considerados para recurrir a los servicios de JR, a saber: “la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima,

21 El documento original de la Directiva en inglés habla de “*restorative justice*”, que se ha traducido en el texto oficial de la directiva con la expresión menos habitual de “justicia reparadora”. En el presente documento mantenemos la homogeneidad de términos, usando “restaurativa”, término también usado en la legislación española, y que en todo caso se usa como sinónimo de “reparadora”. Por otra parte dice “*in benefit of the victim*”, que podría encontrar mejor traducción que “para ayudar a la víctima”. Versión inglesa disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029&from=en>

los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio”. Además, establece que los procedimientos de JR “han de ser confidenciales, a menos que las partes lo acuerden de otro modo o que el Derecho nacional disponga otra cosa por razones de especial interés general”.

La Directiva se refiere en su párrafo 56 a las evaluaciones individuales, que deben considerar las características personales de la víctima –edad, sexo, identidad de género, etnia, raza, religión, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, estatuto de residente, dificultades de comunicación–, así como la relación con el infractor o dependencia del mismo, y la experiencia anterior de delitos. También se deben tener en cuenta “el tipo o la naturaleza del delito y las circunstancias del mismo, por ejemplo, si se trata de un delito por motivos de odio, prejuicios o discriminación, la violencia sexual, la violencia en el marco de las relaciones personales, si el infractor estaba en situación de control, si la víctima reside en una zona con una elevada tasa de delincuencia o dominada por bandas, o si el país de origen de la víctima no coincide con el del Estado miembro en que se cometió el delito”.

Esta normativa recoge también en su párrafo 61 (y regula en el Art. 25) los requisitos formativos de las distintas personas que entrarían en contacto con las víctimas, estableciendo la necesidad de que “todos los funcionarios que intervengan en procesos penales y que puedan entrar en contacto personal con víctimas accedan a una formación adecuada tanto inicial como permanente y a un nivel acorde con su contacto con las víctimas, a fin de estar en condiciones de poder identificar a las víctimas y determinar sus necesidades y ocuparse de ellas con respeto, profesionalidad y empatía, de manera no discriminatoria”. Y en particular, las personas que realicen evaluaciones individuales deben recibir formación específica a tal efecto. Los Estados miembros han de garantizar esa formación para las fuerzas de policía y el personal judicial, mientras que “debe fomentarse la formación destinada a abogados, fiscales y jueces, así como a los profesionales que proporcionen apoyo a las víctimas o los servicios de JR”.

La Directiva define la JR en su Art. 2.1.d) como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”.

Una última pero fundamental referencia de la Directiva son las normas contenidas en el Art. 12, relativo al derecho a garantías en el contexto de los servicios de JR:

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de JR. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de JR tengan acceso a servicios de JR seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

- a) que se recurra a los servicios de JR si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; la cual podrá retirarse en cualquier momento;
 - b) antes de que acepte participar en el proceso de JR, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;
 - c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;
 - d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;
 - e) los debates en los procesos de JR que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.
2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de JR, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación”.

En definitiva, la Directiva 2012/29/UE introdujo la posibilidad de establecer servicios de JR; impuso la obligación de garantizar el acceso de las víctimas a los sistemas de JR, yendo más allá de la mediación penal entre víctima y ofensor –en que se centraba la Decisión Marco precedente– e incluyendo también a las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia. La trasposición de la norma al ordenamiento interno, como veremos en el siguiente apartado, supuso un gran avance para el desarrollo de la JR.

4.2. La JR en Europa

4.2.1. Origen y motivaciones de su incorporación

La adopción de prácticas restaurativas como complemento o como alternativa al sistema de justicia penal, así como en otros ámbitos (especialmente las escuelas, aunque no solo) es una tendencia que encontramos a nivel global. En el ámbito de la justicia penal, encontramos su aplicación para abordar desde delitos menores en la justicia juvenil, hasta crímenes de guerra y de lesa humanidad en el marco de procesos de justicia transicional, como veremos en el capítulo 5 en relación a los casos de Guatemala y Colombia.

En Europa, la JR se ha ido abriendo paso en las políticas públicas y los ordenamientos jurídicos gracias al impulso de teorías y movimientos como el abolicionismo penal, el feminismo, el humanismo, la victimología y los propios movimientos de la JR y la justicia terapéutica, impulsos complementados con el que han dado las instituciones europeas que acabamos de ver, llevando en algunos casos a la incorporación de nuevas normas en los ordenamientos que han introducido, en grados muy diversos, las herramientas y enfoque restaurativos.

Los análisis comparativos sobre la JR en Europa señalan que, en las últimas décadas, se ha producido una progresiva incorporación en el ámbito de la justicia penal, se ha realizado un número creciente de estudios que se fijan en sus aplicaciones, y ha recibido un claro impulso procedente de los estándares e instrumentos internacionales generados en los últimos años en la ONU, la UE y el CdE.

Sobre las razones que explican esta expansión de la JR, se han señalado múltiples y varían en cada contexto: la insatisfacción de la ciudadanía con respecto a la eficacia del sistema de justicia penal tradicional; la creciente afirmación y reconocimiento de los derechos de las víctimas, de sus necesidades y demandas; la valoración del resarcimiento y reparación de las víctimas y de la conciliación entre las partes en conflicto; pero también razones como la voluntad de reducir el número de jóvenes en las cárceles; la reducción de los casos que se acumulan en los tribunales e incluso consideraciones de tipo económico –con frecuencia criticadas– que sitúan los abordajes desde la JR en un lugar ventajoso en comparación con un proceso penal clásico.

De entre las distintas razones que explican en cada país y contexto este creciente interés por la JR, una cuestión central en todas partes es la de reconocer un lugar de mayor centralidad a las víctimas, a sus necesidades y demandas. En los procesos penales tradicionales, las víctimas con frecuencia se sienten abandonadas por el sistema, por cuanto no se las implica en la resolución de los conflictos que han protagonizado. Como señalan Van Ness y Strong, mientras que el ofensor tiene un abogado, la víctima no; se considera que sus intereses están representados por la fiscalía, estableciendo así una equivalencia entre sus intereses y los del Estado (Van Ness y Strong 2010: 42).

En ese sistema tradicional no se da respuesta a unas necesidades de las víctimas de ser escuchadas, de narrar los hechos y sus emociones, de cuestionar al ofensor (para conocer el porqué, para poder comprender), de conocer la verdad, de recibir una disculpa o quizás otras formas de reparación. Al contrario, no solo quedan en un lugar secundario del proceso, sino que además existen riesgos altos de victimización secundaria, al ser cuestionados sus relatos de los hechos e incluso atribuírseles responsabilidad por los actos que han sufrido, sin tener la oportunidad de defenderse personalmente o mediante una representación letrada, de la que carecen (Dünkel 2019: 54). En casos de odio hacia personas de colectivos histórica y estructuralmente discriminados –como también en casos de violencias machistas–, esto sucede, si cabe, con mayor frecuencia.

Otra cuestión importante que queda al margen de los procesos penales tiene que ver con la responsabilidad con respecto al daño provocado, que es central en los procesos de JR. En muchos casos de odio y discriminación, esa responsabilización es importante no ya solo por parte del ofensor, sino también de las instituciones que amparan, promueven, cultivan y protegen las desigualdades, y las culturas e ideas discriminatorias que muchos incidentes y delitos de odio y discriminación están expresando. Esa responsabilidad conecta directamente con unas funciones teóricamente claves del sistema de justicia, a saber, la reintegración del ofensor y la prevención del delito.

En cambio, lo que encontramos en los procesos penales formales es otra lógica, en la que el ofensor tiene derecho a mentir para exculparse y evitar la condena, puede estar exento de declarar y afrontar directamente los hechos, quedando también relegado a un papel secundario. Parece complejo sostener, como a veces se hace, que el proceso judicial es el que permite establecer los hechos, “la verdad”, cuando a lo sumo lo que se consigue es establecer “hechos probados” y, por ello, el potencial para garantizar el derecho a la verdad no necesariamente es superior al que tiene un proceso de JR.

En este sentido, estudios que han indagado sobre qué ha motivado la introducción de la JR en los sistemas de justicia penal europeos apuntan al objetivo de devolver los conflictos a sus principales protagonistas: a quien inflige daño y a quienes lo sufren, incluyendo a la víctima directa y la comunidad. Es lo que está en la raíz de las primeras iniciativas de mediación víctima-ofensor que en los años 80 fueron promovidas en países como Noruega, Finlandia y Austria (Dünkel 2019: 60).

A la hora de ver cómo se ha realizado tal introducción, es interesante tener en cuenta las que Boyes-Watson (2019: 10-13) considera las cuatro principales “arenas” en que se encuentran las raíces históricas de la JR:

1. La reforma del sistema de justicia para de dar respuestas más constructivas al delito y evitar el encarcelamiento, a la vez que se fortalece la posición de la víctima en los procedimientos penales.
2. La gestión de la juventud y las familias, con vistas a desarrollar estrategias más efectivas de educación y rehabilitación de jóvenes que han delinquido.
3. La construcción de paz, en procesos de justicia transicional que se implementan después de violaciones de derechos humanos sistemáticas y masivas en contextos de conflictos armados, dictaduras, etc.
4. Los derechos de los pueblos indígenas, en movimientos de lucha contra la opresión, la marginación y la discriminación de los pueblos indígenas institucionalizadas en las estructuras sociales.

En muchos países europeos, las reformas en los sistemas de justicia juvenil, con la adopción de enfoques educativos más orientados a la rehabilitación y reintegración que al castigo, constituyeron antecedentes clave de búsqueda de formas y medidas alternativas para abordar los conflictos. Tam-

bién han sido fundamentales los desarrollos de la victimología y los derechos de las víctimas, que han contado con un claro impulso desde instancias internacionales como la ONU o la UE, como vimos, con la producción de estándares y nuevas normativas, incluida la de obligado cumplimiento de la UE, que ha llevado a reformas en los ordenamientos jurídicos estatales en que se han introducido o desarrollado, con alcances diversos, elementos de la JR. En cambio, en Europa ha habido menos experiencias en relación a las “arenas” 3 y 4 de Boyes-Watson, que proponen elementos que parecen adecuados para el abordaje específicamente de los delitos de odio y discriminación.

4.2.2. La diversidad en la incorporación de la JR

En Europa encontramos prácticas diversas de JR, y son muy variadas las formas de incorporación en los ordenamientos jurídicos de los Estados. En algunos casos se le ha otorgado un lugar central en la administración de la justicia penal, mientras que en otros, más frecuentes, constituye un espacio poco representativo o incluso marginal. Escapa al objetivo y a las posibilidades de este documento hacer un análisis detallado de esas distintas realidades, aunque sí podemos referir los principales estudios que lo han hecho y algunas de sus conclusiones.

Se han realizado hasta la fecha dos grandes estudios comparativos que analizan la incorporación en los ordenamientos jurídicos de la JR en Europa,²² uno de ellos con un foco específico en la justicia juvenil. Son de 2015 y, por tanto, no recogen algunos de los avances producidos a raíz de la trasposición en los ordenamientos internos de la Directiva 2012/29/UE.

Cabe mencionar que está prevista próximamente la publicación de un estudio en el marco de un proyecto europeo coordinado por la Universidad de Barcelona, que ha analizado la JR en Europa en casos de delitos de odio de forma específica, especialmente, aunque no solo, contra personas del colectivo LGTBI.²³ Los estudios sobre JR en el ámbito de la victimización por odio y discriminación son por ahora escasos y se limitan a analizar los resultados de proyectos o iniciativas locales o regionales de algunos países, especialmente anglófonos.

De acuerdo con estos estudios, en algunos países se establecen limitaciones en términos de tipos de delitos con respecto a los cuales se puede ofrecer servicios de JR –los menos graves–,

²² Se trata de (1) Dünkel, F., Grzywa-Holten, J., Horsfield, P. (2015) (Eds.): *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stocktaking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg. Y (2) Dünkel, F., Horsfield, P., Păroșanu, A. (2015) (Eds.): *European Research on Restorative Juvenile Justice. Volume 1: Research and selection of the most effective Juvenile Restorative Justice practices in Europe: Snapshots from 28 EU Member States*. Brussels: International Juvenile Justice Observatory.

²³ Se trata del proyecto *Let's Go By Talking*, sobre el que se puede consultar información en: <https://www.letsbygobytalking.eu/>

mientras que, en otros, pueden aplicarse en relación a todo tipo de delito. En algunos países, los servicios de JR están disponibles en todo el territorio, mientras que en la mayoría, su disponibilidad es muy irregular.

No es siempre necesario que se dé un vínculo con procesos penales: en algunos países o regiones, la policía, la fiscalía o los tribunales ofrecen a las víctimas servicios de mediación o de JR como alternativa, e incluso sin que los hechos denunciados o reportados sean necesariamente constitutivos de delito. Así, también los procedimientos de derivación de unos servicios y/o actores a otros divergen mucho. También varía entre los países la entidad responsable de ofrecer los servicios de JR: pueden ser ONG, servicios sociales, servicios de prisiones y libertad condicional, incluso miembros de la policía –con una formación específica para ello–, o una combinación, entre otros.

Dünkel apunta las principales rutas por las que se introduce la JR en el sistema penal (2019:72-73): una de ellas consiste en las disposiciones legales existentes en la mayoría de ordenamientos que prevén que el proceso penal pueda tener en cuenta el que se alcance una “reconciliación” entre víctima y ofensor, o bien el que se produzca una reparación, o haya un arrepentimiento. Las leyes no suelen definir qué son o cómo se alcanzan, ni tampoco exigen que haya que recurrir a procesos o prácticas restaurativas para conseguir una reparación o la reconciliación entre las partes. También es habitual que se apliquen procesos de JR en la fase post-sentencia, mientras se está cumpliendo una sentencia de privación de libertad.

Siguiendo al mismo autor, las diferencias en la disponibilidad de servicios de JR para víctima y ofensor en todos o en parte de las fases del proceso penal o en función del cumplimiento o no de ciertas condiciones, muestran las divergencias de enfoques entre unos países y otros. Los países donde están disponibles siempre, como Bélgica, Dinamarca y Países Bajos (entre otros), han adoptado un enfoque más centrado en la víctima, que pone el foco en la resolución del conflicto entre las partes en aquellos casos en que víctima y ofensor desean dicha resolución, en vez de condicionar el acceso a la JR a un conjunto de características del delito o del ofensor y de centrarse en las consecuencias de una reparación para el ofensor, criterios, estos últimos, más propios del enfoque centrado en el ofensor (Dünkel 2019: 75).

De forma resumida, en estos estudios se concluye que la principal práctica encontrada en los países europeos es la mediación víctima-ofensor, mientras que otras prácticas como las conferencias o los círculos son usadas con menos frecuencia, aunque su uso está aumentando. Esto se explica por la mayor tradición con que cuenta la mediación en el continente, así como por el hecho de que las normativas europeas hayan tendido a referirse a ella más que a otras prácticas o que al concepto más global de la JR.

Así, otras prácticas más complejas como las conferencias –con mayor participación de actores, que incluyen a representantes sociales y comunitarios, procesos más largos, etc.– se han venido dando con frecuencia gracias al impulso de actores públicos y privados locales y regionales, más que estatales, quedando limitado el acceso a los mismos a esas zonas geográficas. Hay algunas excepciones, como la de los Países Bajos, por ejemplo, donde a raíz de un proyecto piloto de mediados de los años noventa, ahora es ya una opción para toda víctima y ofensor en todo el país, teniendo como único requisito que la participación de ambos sea voluntaria. Allí, esta práctica se ha implantado de manera completamente independiente de los procesos penales, que no tienen por qué verse influidos por un acuerdo resultante de una conferencia (Dünkel 2019: 84-86). Esto último no suele ser el caso donde se implementan las conferencias, a menudo previstas para tipos de delito graves y cuando existe un vínculo claro entre el proceso restaurativo y su resultado, y el proceso judicial.

Otros ejemplos de disponibilidad de las conferencias en todo el territorio son Irlanda e Irlanda del Norte: se puede acceder a ellas tanto por una derivación por parte de la policía, como desde el juzgado o tribunal. En ambos casos, la realización exitosa de las conferencias sí supone que se cierre la vía del proceso judicial penal (Dünkel 2019: 106).

Una última cuestión que cabe referir del estudio de Dünkel (2019: 115-119) son las dos principales conclusiones que extrae del análisis de la investigación y las evaluaciones de programas e iniciativas de JR:

1. Los altos índices de satisfacción con los procesos por parte tanto de víctimas como de ofensores –mayores que los que tienen los procesos penales tradicionales–, de lo que se deduce que los procedimientos implementados pueden estar más (o mejor) adaptados a las necesidades tanto de quien sufre como de quien inflige el daño.
2. Muchos estudios revisados apuntan a una reducción de las tasas de reincidencia y, con mayor claridad, no se identifican efectos negativos de los procesos de JR –a diferencia de lo que sucede con otras sentencias y, en particular, las de cárcel–.

En definitiva, la JR juega todavía un rol limitado en los países europeos, por lo que existe un potencial considerable que todavía no ha sido desarrollado. Cada vez hay mayores vías de acceso a las prácticas restaurativas en las legislaciones de los Estados que permiten que la JR se incorpore a los procesos penales, a la vez que son diversas las experiencias en que prácticas restaurativas se implementan al margen del sistema de justicia penal.

Un mayor desarrollo de experiencias deberá hacer frente a los principales obstáculos con que se ha encontrado hasta ahora, que explican por qué su uso no se ha generalizado en mayor medida considerando todos los beneficios que se ha demostrado que tiene. Entre esos obstáculos, las

reticencias de los y las profesionales de la justicia hacia las medidas o prácticas alternativas tienen un papel clave, como también la creencia de que los tribunales deben monopolizar la resolución de conflictos. Una escasa legislación sobre la materia puede constituir también un freno o desincentivo, mientras que, en algunos casos, la aplicación estricta del principio de legalidad también evita el recurso a su uso y aplicación (Dünkel 2019: 123).

4.3. La JR en el Estado español

La JR en el Estado español ha tenido un escaso reconocimiento jurídico y un recorrido que se ha dado especialmente en el ámbito de la justicia juvenil, mientras que la mediación penal ha sido un instrumento usado desde 1985 con adultos en distintas comunidades autónomas, a raíz de apuestas de ciertos profesionales jurídicos de instituciones públicas o por parte de entidades privadas, aprovechando la laguna normativa existente. También podemos destacar las experiencias en el ámbito de la victimización por el terrorismo de ETA. Mayoritariamente, las iniciativas se han centrado en la mediación penal, aunque en los últimos años se están ampliando los tipos de intervenciones, incluyendo también las conferencias, los círculos o las entrevistas restaurativas.

4.3.1. Principales elementos del ordenamiento estatal

El Estado español es un ejemplo de país en el que la mediación en el ámbito de la justicia juvenil ha sido la principal puerta de entrada de esas *formas alternativas de hacer o buscar la justicia*. En este ámbito, la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM)²⁴ establece un marco flexible para que los Juzgados de Menores decidan qué medidas son más oportunas, partiendo de la valoración especial del interés del menor y del “principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa”. Así, las medidas a adoptar en relación con un infractor menor, declara la LORPM, “fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas”.

²⁴ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>

Es llamativo el reconocimiento de la diferencia entre los objetivos de la intervención del Estado cuando se trata de niñez o de personas adultas, a pesar de que la LORPM reconoce su naturaleza sancionadora por cuanto “desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores”. Para los primeros, es claro el objetivo educativo orientado a la reinserción, pero una vez cumplidos los 18 años, lo importante ya pasa a ser la represión, el castigo.

La LORPM se refiere principalmente a la mediación penal y contempla aspectos procesales –siendo esta una excepción en el ordenamiento jurídico español, pues en ninguna otra ley se detalla cómo implementar las distintas herramientas de la JR–. Prevé que la mediación pueda usarse tanto antes de la sentencia (desistimiento por la incoación del expediente o de continuación del mismo por conciliación o reparación), como después (mediación para dejar sin efecto la medida impuesta, reducirla o sustituirla por otra). La ley considera la mediación como “una técnica para llegar a una conciliación o reparación, un resultado jurídico, y solamente se permite para delitos menos graves” (Ayllón García 2019: 22).

Así, a diferencia de lo que veremos con respecto a las personas adultas, en el ámbito de la justicia juvenil sí que existe una regulación detallada que permite que las prácticas de la JR puedan ser una alternativa a los procedimientos judiciales o un complemento a los mismos. La derivación puede darse en cualquier fase procesal, y se contemplan respuestas restaurativas incluso cuando no hay una víctima identificable o esta no está dispuesta a participar en un proceso restaurativo.

Es distinto el ámbito de la justicia de personas adultas, como decíamos. En este, una cuestión que merece mención es que, en relación a la violencia de género, el Art. 44 de la Ley de Medidas para la Protección Integral contra la Violencia de Género²⁵ introdujo la prohibición de la mediación en los supuestos de violencia de género, al menos en la fase de instrucción. Recordemos que, según el Art. 1 de la Ley 1/2004, la violencia de género es la que se produce en el marco de relaciones de pareja, de modo que se excluye la aplicación de la ley a los demás casos de violencia machista, en los que sí cabría la mediación o, por extensión, otras herramientas de la JR. En todo caso, se trata de una limitación controvertida, cuestionada por personas con experiencia entrevistadas en el marco de la investigación para elaborar este documento, en la aplicación de herramientas restaurativas o que han estudiado la JR en distintos contextos.²⁶

En cambio, encontramos en el ordenamiento algunos resquicios por los que se han ido incorporando elementos de la JR. Cabe destacar de la normativa estatal la reforma del Código Penal (CP) de 2015

²⁵ Ley Orgánica 1/2004 de Medidas para la Protección Integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre, <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

²⁶ Ver por ejemplo: Villacampa, C. (2020), *Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal*. Polít. Crim.Vol.15, Nº 29, pp. 47-75, disponible en: <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2020/05/Vol15N29A3.pdf>

mediante la LO 1/2015 de 30 de marzo, que introdujo por primera vez una referencia a la mediación penal en adultos y, entre otros cambios, “atribuye efectos a la reparación sobre la suspensión de la pena y facultades al Ministerio Fiscal en delitos leves de carácter patrimonial para solicitar del Juez el sobreseimiento y archivo en caso de restauración” (Rosales Pedrero 2017: 8-9).

También merece una mención cómo se incorpora la “reparación del daño” en el ordenamiento: como atenuante (Arts. 25.1, 31 quater y 340 CP), así como pena, por una parte relacionada con los trabajos en beneficio de la comunidad (Art. 49 CP) o como consecuencia jurídica independiente, relacionada con los delitos de calumnia y de injuria (Art. 216 CP), donde la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria (Barona 2019a).

Además, puede servir como elemento favorecedor de un trato mejor en sede penitenciaria, tanto para la suspensión de la pena privativa de libertad, como para la concesión de la libertad condicional. Así, según el Art. 80.1 párrafo 2.º CP, el Juez podrá acordar la suspensión de la pena bajo ciertas condiciones, valorando las circunstancias del caso, y en particular, el esfuerzo del penado por reparar el daño, así como los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueran impuestas. Por otra parte, de conformidad con el Art. 84.1.1ª y 3ª CP, el Juez o Tribunal podrá condicionar la suspensión de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes tras un proceso de mediación, así como a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor.

En todo caso, “la reparación no es una finalidad de la pena o del sistema penal, sino un elemento modulador, corrector, de la prevención especial y siempre tiene que venir acompañada del principio de subsidiariedad y del principio de proporcionalidad” (González Cano 2019).

Pero el avance más destacable en la incorporación de la JR en el ordenamiento jurídico español se dio en 2015 con la ley mediante la cual se ha incorporado la Directiva europea de 2012 que referimos antes: el Estatuto de la Víctima del Delito.²⁷

Antes de repasar algunos de los contenidos del Estatuto, cabe señalar que ha incluido la JR en el marco jurídico penal, aunque de forma poco desarrollada, y no como un modelo que supondría un cambio de paradigma con respecto al retributivo sino, en línea con la Directiva 2012/29/UE, como un “servicio de justicia restaurativa”, cooptando así el concepto de JR en beneficio de una concreta política-criminal” (Francés Lecumberri 2018: 7).

²⁷ Ley 4/2015, de 27 de abril de 2015, puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>

El Art. 3 del Estatuto establece los derechos de la víctima del delito a la protección, la información, el apoyo, la asistencia y la atención, a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio por parte de las distintas personas (autoridad y funcionariado) en todas las fases del proceso y por parte de todos los servicios, incluyendo el de JR, al que se hace mención específica.

El Art. 5 obliga a informar a las víctimas de delitos de un conjunto de cuestiones, incluyendo los servicios de JR disponibles, “en los casos en que sea legalmente posible”.

El Art.15.1 establece que las víctimas podrán acceder a los servicios de JR “en los términos que reglamentariamente se determinen”. Precisa el mismo artículo que la finalidad de los servicios de JR será obtener “una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito”, cuando se cumplan una serie de requisitos, que se enumeran.

El infractor debe haber reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad. La víctima y el infractor deben haber prestado su consentimiento, que en el caso de la víctima, es informado. Se precisa entonces que el “procedimiento de mediación” –como si los servicios de JR se concretaran por definición en esa práctica o herramienta de resolución de conflictos– no implique “riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima”. Por último, se podrá aplicar cuando no esté prohibida por la ley para el delito cometido, como vimos que sucede en los supuestos de violencia de género contemplados en la referida Ley 1/2004.

Por último, el Art. 29 asigna a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas la competencia para desarrollar funciones de “apoyo a los servicios de justicia restaurativa y demás procedimientos de solución extraprocesal que legalmente se establezcan”.

Cabe señalar el Real Decreto 1109/2015²⁸ por el que se desarrolla la Ley del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (OAVD), que han tenido un rol protagonista en los avances que se han producido en la implementación de JR, a pesar de que, como decíamos, el reglamento no defina procedimientos de implementación de la misma.

El reglamento recoge en su exposición de motivos una referencia a la JR que merece mención: cada víctima se enfrenta al delito de forma diferente, en función de sus circunstancias. La víctima puede necesitar liberar la emoción negativa para recuperar su equilibrio y este puede alcanzarse gracias al reconocimiento de los hechos esenciales por el infractor o por la aclaración de lo sucedido.

²⁸ Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, disponible en <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

Su Art. 19 establece un listado de funciones de las OAVD, que incluye: “La información sobre alternativas de resolución de conflictos con aplicación, en su caso, de la mediación y de otras medidas de justicia restaurativa”. Esta función se concreta un poco más en el Art. 37, sobre las funciones de las oficinas en materia de JR, que consisten en:

- a) Informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de justicia restaurativa.
- b) Proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima.
- c) Realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial”.

Merece una última referencia en relación al ámbito penal la legislación sobre enjuiciamiento criminal. Por una parte, su modificación mediante la Ley 41/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, a pesar de coincidir temporalmente con las otras reformas descritas, no fue aprovechada para incorporar referencia alguna ni a la mediación penal ni a los servicios de JR.

Sí que lo hace el Anteproyecto de reforma de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en noviembre de 2020 por el Consejo de Ministros.²⁹ En el momento de redacción de este documento, todavía no ha empezado su tramitación parlamentaria, pero debe ser mencionado porque supondría un considerable cambio en términos de regulación de la JR en el ordenamiento penal. La propuesta de ley introduce la JR vinculada con el principio de oportunidad como marco, estableciendo que debe concebirse “como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima”.³⁰

El Anteproyecto incluye, bajo el Título IV sobre formas especiales de terminación del proceso penal, el Capítulo III sobre JR. En él hay cinco Artículos (181 a 185) que definen:

- Los principios de la JR.
- El procedimiento, sobre el que apenas se detalla nada, pero del que destaca que establece que los procesos de JR deberán realizarse en un máximo de 3 meses, lo que iría en contra de la práctica actual, de las consideraciones de facilitadores sobre los tiempos que exigen ciertos procesos, especialmente si se quiere implicar a otras partes más allá de víctima y ofensor, por lo que puede suponer un claro obstáculo.

²⁹ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>

³⁰ *Ibidem*, p. 31.

- Las consecuencias: aspectos básicos sobre el tratamiento de los acuerdos y opciones de archivo por razones de oportunidad y de terminación de la causa por conformidad.
- La JR en el juicio oral, la posibilidad de derivación a un procedimiento de JR y la consecuencia de alcanzar un acuerdo.
- la interrupción del plazo de prescripción en casos de delitos leves.

Otras disposiciones que cabe destacar son:

- El Art. 553, que prevé el procedimiento de JR como alternativa a la investigación al recibir atestado o denuncia.
- El Art. 647, que se refiere a la suspensión del juicio por parte del tribunal cuando las partes soliciten de común acuerdo iniciar el proceso de JR.
- El Art. 800, que establece el sistema de derivación y condiciones en relación con el procedimiento por delito privado (dando, en este caso, un plazo de dos meses para alcanzar un acuerdo).
- El Art. 924, que incluye la posibilidad de que el tribunal considere el acuerdo alcanzado en un proceso de JR a la hora de decidir sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y fijar sus condiciones.

El Anteproyecto puede todavía ver muchas modificaciones antes de ser aprobado, si es que en esta ocasión se consigue –a diferencia de lo que sucedió con la anterior propuesta de reforma de 2011–, dando opción a que, cuanto menos, se revisen las potenciales limitaciones que establecen los plazos tan cortos previstos para el desarrollo de procedimientos de JR.

La mediación también ha visto desarrollos legislativos fuera de la justicia penal, como la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles,³¹ así como en materia de separación y divorcio con la Ley 15/2005³², en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación, que no ha llegado a ver la luz en el momento en que se escribe este documento.

Así, los múltiples avances que se han venido dando desde las primeras iniciativas de mediación penal y las recientes experiencias más innovadoras que han recurrido a otras prácticas de la JR, como los círculos y las conferencias, no tienen un marco legal que las fundamente y aporte las coordenadas básicas en que pueden o incluso deberían impulsarse. Sin embargo, la legislación penal es suficientemente flexible para que se hayan podido aplicar procesos de JR y hayan sido reconocidos en procedimientos judiciales.

31 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que traspuso la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

32 La disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil.

4.3.2. Apuntes sobre normativas de Catalunya

El Estatuto de Autonomía de Catalunya³³ no hace ninguna referencia a la JR, tan solo incluye el Art. 106 sobre justicia gratuita, procedimientos de mediación y de conciliación, notando en el epígrafe 2 que la Generalitat puede establecer los instrumentos y los procedimientos de mediación y de conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia. El Art.108 sobre Justicia de paz y de proximidad establece que, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Generalitat puede instar a que se establezca un sistema de justicia de proximidad que tenga por objetivo resolver los conflictos menores con celeridad y eficacia.

En diciembre de 2020 fue aprobada la Ley 19/2020 de igualdad de trato y no-discriminación³⁴, con respecto a la cual cabe señalar algunas cuestiones. La ley no recoge propiamente el paradigma ni el propio concepto de la JR, aunque sí se refiere a alguno de sus elementos clave, como el derecho a la reparación de las víctimas de discriminación.

La Ley prevé la creación de un Organismo de Protección y Promoción de la Igualdad de Trato y la No-discriminación (Art. 34), cuyas funciones incluyen, entre otras, prestar apoyo y asesoramiento jurídico a las personas que hayan podido sufrir discriminación por los motivos previstos por la ley para la tramitación de sus quejas o reclamaciones y para garantizar el derecho a la reparación de las víctimas de discriminación, y constituirse como organismo de mediación o conciliación entre las partes en casos de violación del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación, con excepción de los que tengan “contenido penal o laboral y de los casos de violencia machista”. De hecho, la ley apuesta claramente por la mediación como vía alternativa al procedimiento administrativo (Art. 51) para el abordaje de los casos que contempla.

En cuanto a las sanciones previstas, es destacable lo dispuesto por el Art. 45.2, que prevé que cuando la discriminación se produzca en dependencias de la Administración o en medios de comunicación públicos, incluidas las plataformas virtuales, la persona o grupo responsable deberá hacer “una manifestación pública de desagravio, en el mismo espacio o por medio de los mismos canales, con el fin de reparar el daño a la dignidad de la persona objeto de discriminación”. Sería deseable que esta disposición no opere como un límite, sino como un mínimo, del tipo de medidas reparadoras que en esos casos deban adoptarse.

³³ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2019-120

³⁴ Llei 19/2020, de 30 de desembre, d'igualtat de tracte i no-discriminació. Disponible en: https://dogc.gencat.cat/ca/pdogc_canals_interns/pdogc_resultats_fitxa/?action=fitxa&documentId=890227&language=ca_ES

Por otra parte, la ley prevé en el Art. 46 sobre “sanciones accesorias”, que la sanción en casos de infracción leve o grave, no en los más graves, pueda sustituirse, “con el consentimiento de la persona sancionada, por la cooperación no retribuida de la persona infractora en actividades de utilidad pública con interés social y valor educativo, o en tareas de reparación de daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas de discriminación (...) o por cualquier otra medida alternativa que tenga la finalidad de concienciar a la persona infractora en materia de igualdad de trato y no discriminación y de reparar el daño moral causado a las víctimas y a los grupos discriminados”.

Por último, el Art. 50 establece procedimientos específicos en casos de responsabilidad pública, cuando una autoridad o cargo público cometa la infracción, previendo la vinculación de la Administración en términos de responsabilidad patrimonial, que se entiende traducida en una indemnización –limitándose de esta forma el rol que sería esperable en tales casos, especialmente cuando los casos reflejen problemas de discriminación estructural e histórica–.

En definitiva, se podrían encontrar en esta nueva legislación distintas vías de entrada para la aplicación de una mirada restaurativa y el desarrollo de prácticas que puedan calificarse como tales, aunque esta Ley sigue reflejando la idea (errónea, como han demostrado ya múltiples estudios) de que la mediación (u otras prácticas restaurativas) es una opción adecuada para casos de infracciones leves.

4.3.3. El uso de la justicia restaurativa en el Estado español y en Catalunya

La JR se ha ido abriendo paso en el Estado español, a pesar de las reticencias que ha encontrado, en el ámbito de la justicia juvenil, y en relación a personas adultas, a partir de iniciativas regionales o locales, inicialmente centradas en la mediación penal, que como dijimos antes, ha sido la principal vía de entrada de las prácticas restaurativas en el sistema de administración de la justicia.

A finales de los años 90 empezaron a proliferar estas iniciativas: en 1998 se creó el programa de mediación penal en adultos del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya; el mismo año se inició un programa en los Juzgados de Vitoria a propuesta de la Oficina de la Víctima; en el año 2000 se puso en marcha un proyecto piloto de mediación desde la Oficina de Atención a la Víctima del Delito en La Rioja; en Madrid, la Asociación Apoyo de Moratalaz puso en marcha un programa de mediación apoyado por el Decanato de Madrid y la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, etc. (Barona 2019a). Así, las iniciativas se fueron multiplicando, con impulsos diversos, gracias a la voluntad y compromiso de profesionales de la justicia, como jueces y juezas, así como personal técnico de las administraciones de justicia, y con frecuencia de la mano de organizaciones de la sociedad civil.

No fue hasta el 2005 cuando el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) empezó a apoyar esas iniciativas y programas. Desde entonces, ha venido impulsando su implantación, aunque esta depende de las comunidades autónomas que tienen competencias de justicia transferidas, o bien del Ministerio de Justicia en las comunidades a las que no han sido transferidas. Como se refleja en la página web del CGPJ, todavía no existen servicios de mediación penal en Cantabria ni Extremadura, ni en varias provincias de Andalucía, de las dos Castillas y de Galicia.³⁵

El análisis de los datos públicos disponibles en línea sobre los distintos servicios de mediación penal y de JR en el Estado lleva a varias conclusiones. Por una parte, la práctica más extendida sigue siendo la mediación penal, aunque el uso de otras como las conferencias, los círculos o las entrevistas restaurativas ha ido creciendo especialmente después de las reformas legislativas de 2015 a las que nos referimos antes. Los procesos cuentan con el acompañamiento de personas que actúan como mediadoras o facilitadoras de los procesos, que forman parte de asociaciones profesionales, organizaciones sociales, etc.

Los procesos de JR se inician en cualquier fase del procedimiento judicial y pueden implementarse también en la fase posterior a la sentencia. En cuanto a los delitos a los que se aplican, son principalmente delitos leves o no muy graves, especialmente delitos contra la libertad, contra el patrimonio y de lesiones, aunque hay algunas excepciones a las que nos referimos a continuación.

En Euskadi y Catalunya encontramos avances considerables en la institucionalización de la JR, con el establecimiento de programas de JR en ambas a nivel autonómico. En Euskadi, se trata del Servicio de Justicia Restaurativa, que depende del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales del Gobierno Vasco. En su web³⁶, se explica que es un servicio que opera en la jurisdicción penal y en la jurisdicción civil-familiar en casos judicializados de separaciones y divorcios con hijos menores a cargo. El servicio “ofrece una alternativa a la solución judicial de los conflictos, facilita el diálogo entre agresor y víctima y con la ayuda de un técnico facilitador o facilitadora para que traten de llegar a un acuerdo en el marco de un proceso penal. En los círculos y conferencias, es el entorno y/o la comunidad la que puede también formar parte del proceso restaurativo, ayudando a encontrar vías de acuerdo y reparación”.

Del contexto de Euskadi interesa aquí hacer una mención específica a una experiencia de aplicación de la JR a delitos graves en fase post-sentencia: los denominados “encuentros restaurativos” entre víctimas de terrorismo y presos de ETA. Estos encuentros fueron organizados durante el año 2011

³⁵ Los datos pueden consultarse en web del Consejo General del Poder Judicial: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Organos-judiciales-que-ofrecen-mediacion/Mediacion-Penal/>

³⁶ Puede consultarse en: <https://www.justizia.eus/servicio-justicia-restaurativa>

por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, con la colaboración de la Oficina de Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco.

Se llevaron a cabo doce encuentros entre víctimas directas e indirectas del terrorismo y presos de la cárcel de Nanclares (los encuentros son por ello conocidos como “la vía Nanclares”) que habían expresado su rechazo a la violencia y se habían desmarcado de ETA. Se trataba de unos procesos orientados principalmente a reparar a las víctimas, y no se preveía que tuvieran repercusiones en las penas de los condenados por terrorismo.

Estos encuentros han inspirado otras iniciativas, como encuentros entre víctimas del 11M y de personas condenadas por aquellos actos terroristas, así como el programa de encuentros restaurativos puesto en marcha el año 2020 por parte de la administración de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior con 600 personas presas. Este programa, orientado tanto a la reparación de las víctimas como a la reinserción de los condenados –que lo han sido por delitos muy diversos, incluyendo algunos muy graves como la trata de personas– parte también de experiencias previas, aunque incluye elementos novedosos, como la implicación de víctimas directas –en lugar de subrogadas– y la implementación de los procesos con personas presas –y no en régimen de libertad condicional, como se había venido haciendo.

En cuanto a Catalunya, fue pionera en la implementación de la mediación en el ámbito de la justicia penal de adultos, con un programa piloto impulsado en 1998 por personal técnico del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Su éxito llevó, en el año 2000, a la implantación del primer servicio de mediación penal para adultos, vinculado a la Dirección General de Ejecución Penal en la Comunidad y de Justicia Juvenil, ubicándolo en la sede de los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de Barcelona (la actual Ciudad de la Justicia).

Desde 2010, la Dirección General de Ejecución Penal a la que nos referimos antes tiene un Programa de Justicia Restaurativa (en 2016 pasó a denominarse así, hasta entonces se llamaba “Programa de Mediación y Reparación Penal”) que implementa la Fundación AGI. El programa se describe como servicio que se concreta en “un proceso confidencial de diálogo y comunicación conducido por un mediador imparcial, participan de forma voluntaria el denunciado, imputado o penado por un delito y/o falta y la víctima o persona perjudicada, con el objetivo fundamental de lograr la reparación adecuada del daño causado o sufrido y la solución del conflicto desde una perspectiva justa y equilibrada a los intereses de ambas partes”.³⁷

³⁷ Web del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya: http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/mediacio/mediacio_penal/la_mediacio_penal/

A partir del análisis de las memorias anuales publicadas,³⁸ podemos extraer varias conclusiones. En primer lugar, se refleja un incremento prácticamente constante del número de solicitudes recibidas por el Programa, aunque no se dispone de datos del total de procedimientos abiertos, y por tanto se desconoce qué porcentaje del total se deriva hacia los servicios de JR. Sobre esto, la principal evaluación del programa de mediación penal de adultos, realizada por Tamarit Sumalla en 2013, apuntaba a su baja incidencia en términos cuantitativos, en proporción al número de hechos delictivos detectados por el sistema de justicia penal (Tamarit 2013: 33).

Con respecto al ámbito material de aplicación, vemos que se mantienen las tipologías delictivas a lo largo de los años: se trata mayoritariamente de delitos leves, entre los que destacan, todos los años desde que se dispone de datos, los delitos contra la libertad, de lesiones y contra el patrimonio. Relacionado con este punto está el que la mayoría de los casos provengan de la fase de instrucción de juicios por delitos leves o juicios inmediatos por delitos leves, o por diligencias previas, urgentes o indeterminadas.

Por último, del contexto catalán cabe destacar también el proyecto CerclesCat que, en el 2012 inició el Departamento de Justicia de la Generalitat y que gestiona la Fundación Salud y Comunidad. Se trata de una réplica del programa Círculos de Apoyo y Responsabilidad (*Circles of Support and Accountability* o CoSA, que tienen su origen en Canadá) para el tratamiento en comunidad de los condenados por delitos sexuales que presentan un alto riesgo de reincidencia violenta, una vez se encuentran en libertad al finalizar su condena. Basado en la JR, tiene como objetivo reducir el riesgo de reincidencia sexual futura a través de la integración social de las personas que han cometido delitos sexuales, mediante el apoyo inicial y la participación comunitaria.³⁹

4.4. Reflexiones sobre retos del contexto legal

La implantación de la JR en nuestro contexto sociopolítico y legal ha avanzado en los últimos años, especialmente desde las reformas de 2015 a las que nos hemos referido, aunque sigue encontrando múltiples obstáculos y retos para adquirir un protagonismo real en el abordaje de las conductas

³⁸ Están disponibles las memorias de los años 2013 hasta 2019 en la fecha de elaboración de este documento. Se pueden consultar en: http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/mediacio/mediacio_penal/memories/

³⁹ Puede encontrarse información sobre el proyecto en el siguiente enlace, donde próximamente estará disponible el informe de la evaluación del programa realizada durante los últimos años: http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/reinsercio_i_serveis_penitenciaris/cercles/

delictivas y de otros conflictos que no necesariamente constituyen un delito, como son los incidentes de odio y discriminación, pero para los cuales la JR ofrece una respuesta potencialmente útil.

Sin duda, en la cultura predominante en la sociedad, siguen teniendo buena acogida los discursos punitivistas que priorizan la necesidad de castigar antes que la de rehabilitar y reparar daños, máxime si consideramos la tendencia de los últimos años de incremento del recurso al sistema penal y de las penas previstas en el ordenamiento, como demuestran varias de las reformas legislativas realizadas en 2015, que no han sido revertidas y que se desvían cada vez más del principio de intervención mínima del derecho penal.

En primer lugar, predomina todavía una cultura jurídica que se resiste a apostar por, o cuando menos, en creer en la JR, al considerar que contradice algunos principios constitucionales y derechos fundamentales, como los principios de legalidad y de exclusividad jurisdiccional y los derechos a la presunción de inocencia, a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable. Algunos autores incluso consideran que las herramientas principales de la JR no tienen encaje en nuestro actual ordenamiento jurídico, “pues el *ius puniendi*, concebido como potestad de crear y aplicar las normas penales, está en manos del Estado y no de los particulares, quienes vulnerarían el principio de legalidad penal consagrado en el Artículo 25 de la Constitución Española si hicieran uso de ese poder” (Barona 2019a).

En este sentido, podemos hablar de una predominante rigidez entre los profesionales de la justicia (principalmente jueces y juezas, así como fiscales).

El excesivo garantismo respecto de los derechos del infractor no ha contribuido en modo alguno a estimular la consolidación de los sistemas restaurativos, como tampoco lo ha hecho, al menos hasta la fecha, la legislación penal. En efecto, el acusado podía obtener los mismos beneficios tanto si reparaba el daño como si obtenía un acuerdo conciliador, todo ello sin responsabilizarse del delito o reconocer los hechos (Rosales Pedrero 2017: 10).

En segundo lugar, no existen consensos tampoco en cuanto a qué tipo de hechos se puede o se debe derivar hacia procesos de JR, además de que, como vimos, la legislación sobre violencia de género prevé incluso su exclusión de ciertos casos. A pesar del número creciente de estudios que demuestran la utilidad y eficacia de los procesos de JR en casos de delitos graves, siguen prevaleciendo las reticencias.

En cuanto a su aplicación a casos de odio y discriminación, podría suscitarse la misma duda que recogió el legislador en la Ley sobre violencia de género, atribuyendo *a priori* a todos los casos la existencia de un desequilibrio tan grande de poder entre víctima y ofensor que hace inviable un proceso de JR conforme con los principios que deberían cumplirse.

Esta idea, sin embargo, ha sido ampliamente contra-argumentada desde la academia y la práctica con la fundamentación de estudios y análisis sobre experiencias concretas. Y sobre ello se pronuncia también el nuevo Manual de programas de JR de la ONU (su edición de 2020), en relación a la tipología de casos en los que serían aplicables dichos programas, donde se anima a no establecer apriorismos, sino a hacer evaluaciones de viabilidad y oportunidad en cada caso, valorando los riesgos que en cada situación particular puedan presentarse.

Estos dos retos tienen en buena medida que ver con el escaso desarrollo legislativo de la JR, y esta es una cuestión sobre la que también hay opiniones muy diversas, con argumentos variados y a veces opuestos sobre el alcance que deberían o no tener los posibles desarrollos legislativos. Algunas voces sostienen la necesidad de establecer criterios de derivación de casos, una definición del ámbito material de aplicación de la JR, e incluso de propuestas metodológicas de implementación de la JR. Otras, en cambio, apuntan al peligro que se podría derivar de una excesiva regulación de los procesos de JR, que podrían desvirtuarlos y hacerlos ineficaces, reduciendo o eliminando la flexibilidad, que permite la innovación y la creatividad que los y las profesionales que facilitan los procesos afirman necesitar.⁴⁰

Según Tamarit Sumalla, una de las principales voces expertas sobre JR en Catalunya,

Se hace preciso la aprobación de una ley de justicia restaurativa, que debería contener la regulación de las condiciones y procedimiento de derivación de casos por parte del juez instructor (mediante una reforma de la ley procesal), sin vincular la valoración de la oportunidad de la derivación a la naturaleza legal abstracta del delito investigado ni a la gravedad del mismo. Los efectos procesales del proceso restaurativo extrajudicial (condiciones para que pueda acordarse el sobreseimiento, mediante reforma de la ley procesal), la prohibición de aportar al proceso penal como material probatorio las manifestaciones efectuadas por las partes en el proceso restaurativo, so pena de nulidad, los efectos de la justicia restaurativa en la sentencia penal y en la suspensión de la ejecución de la pena, mediante una reforma del Código Penal, la previsión de procesos restaurativos en fase de ejecución de las penas privativas de libertad, su relación con el tratamiento resocializador y sus posibles efectos en la clasificación del penado y la libertad condicional, mediante una reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la previsión de procesos restaurativos adecuados a los casos de violencia de pareja y violencia familiar, mediante una reforma de la LO de violencia de género, y las condiciones para el ejercicio de las tareas de facilitador (en lugar de mediador), que deben incluir en todo caso formación criminológica y, en particular, victimológica (Ruiz Sierra 2018).

En la misma línea, Barona Vilar afirma que la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe incluir las cuestiones básicas, como determinar si y cuándo se suspende el proceso, qué efectos produce la suspensión

⁴⁰ Ver, a título de ejemplo, la conferencia de José Olalde, del servicio de mediación penal de Barakaldo, mediador e investigador, *Experiencias restaurativas: conferencing y círculos*, del 18 de marzo de 2014 en: <https://www.youtube.com/watch?v=GhjLPxcMZ4Y>

y cuál es el acuerdo que se pueda alcanzar, entre otros aspectos (Barona 2019a). Estas son las cuestiones que sí aborda el actual Anteproyecto de reforma al que nos hemos referido.

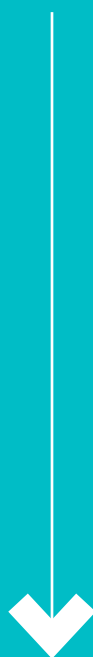
Por último, esta misma experta ha apuntado una reflexión interesante para cerrar este apartado:

Si bien la aparición de las víctimas puede insuflar al sistema penal en su conjunto de grandes dosis de humanidad, de acercamiento de la justicia a las personas, puede igualmente servir para endurecer, discriminar y abusar de un sistema penal que reclama a voces su minimización y no su expansión. En consecuencia, en este renacer de las víctimas hay que presentar las dos caras de su protagonismo en el sistema penal. La de la humanización del modelo, con la incorporación de la reparación en el derecho penal, como atenuante y como pena, amén de como componente favorecedor de abreviaciones procedimentales y de obtención de beneficios penitenciarios, incluso favoreciendo la resocialización del condenado; y por otro, sin embargo, puede propiciar una suerte de populismo que permite la manipulación de las víctimas, favoreciendo la expansión del sistema, el endurecimiento de las penas y por las manifestaciones del derecho penal del enemigo. Esa es la cara poco amable de ese rescate de las víctimas en el marco de la tutela penal porque implica la vuelta a la idea de venganza y a la función retributiva de la pena (Barona 2019b: 68).



5

Procesos y prácticas restaurativas en América Latina. Casos de Guatemala y Colombia





Procesos y prácticas restaurativas en América Latina. Casos de Guatemala y Colombia

5.1. La experiencia de Latinoamérica: la importancia de involucrar a la comunidad

El presente capítulo es un aporte sobre prácticas restaurativas con experiencias de trabajo desde la psicología social en Guatemala y con aportes de otros contextos como el de Colombia, conectando experiencias con víctimas de la guerra en ambos países y víctimas de genocidio o femicidio. Este tipo de delitos se vinculan a delitos de odio a través de conceptos como el genocidio como máxima expresión del racismo y los crímenes de odio, cuya conceptualización fue demostrada en el peritaje de Marta Elena Casaús para el juicio por genocidio a los militares Ríos Montt y Rodríguez Sánchez, al señalar que “Se consideró el racismo como una máquina de exterminio, siendo



el racismo la base para el genocidio”, y expone que los estereotipos asignados a las personas indígenas mayas construyeron una imagen de ellos y ellas como personas de “raza inferior”.⁴¹

En estos contextos, desde diferentes instituciones no gubernamentales y vinculadas con la salud mental en los diferentes países, se abrieron grupos de apoyo para las víctimas. Los grupos de apoyo entre víctimas de la guerra, al ser abordados desde un enfoque psicosocial, dan la oportunidad de conversar desde las emociones, pensamientos y sentimientos y así transformar el dolor en una búsqueda de justicia social, lucha contra la impunidad, memoria histórica y garantías de no repetición.

Las demandas de las víctimas se entrelazan con los principios de reparación elaborados por Naciones Unidas desde el año 2005,⁴² los cuales son retomados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Dichos criterios hacen referencia, entre otros, a las garantías de no repetición, la satisfacción, el daño moral y fundamentalmente al concepto de daño al proyecto de vida que ha sido desarrollado en varias sentencias del CIDH.

En este capítulo se parte de que las prácticas restaurativas tienen un mayor grado de éxito para la reparación y las garantías de no repetición cuando se involucra a la comunidad o el entorno en el que vive la víctima y/o el ofensor, como lo indican los autores a continuación:

El objetivo de las prácticas restaurativas es desarrollar una comunidad y manejar el conflicto y las tensiones reparando el daño y forjando relaciones. Este enunciado identifica a dos tipos de enfoques, uno proactivo (forjar relaciones y desarrollar una comunidad) y otro reactivo (reparar el daño y restaurar las relaciones). Las organizaciones y los servicios que solamente usan el enfoque reactivo sin construir un capital social de antemano son menos exitosos que aquellos que también emplean el enfoque proactivo.⁴³

Desde ese enfoque, la experiencia en Latinoamérica ha permitido reflexionar sobre “el aporte de la comunidad”, considerando que los espacios grupales restaurativos de personas víctimas han creado numerosos aportes que impactaron en las políticas nacionales de reparación de acuerdo con las necesidades e intereses de las víctimas y con una fuerte demanda hacia las garantías de no repetición incluyendo a las nuevas generaciones. Así, se puede decir que desde espacios colectivos

⁴¹ Sentencia C01076-2001-00015, “Sentencia por Genocidio y Delitos contra los Deberes de Humanidad contra el Pueblo Maya Ixil”. Of. 2° Folio 693.

⁴² Principalmente, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, y la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, el 29 de noviembre de 1985.

⁴³ Davey, L. (2007). *Restorative practices: A vision of hope*. Paper presentado en la 10ª Conferencia del IIRP, Budapest, Hungría. Citado en Wachtel 2013: 5.

de víctimas se han construido estrategias y acciones que beneficiaron a un colectivo social y contribuyeron a la memoria histórica y las garantías de no repetición.

Dentro de estas importantes contribuciones, los colectivos de mujeres familiares de víctimas de femicidio en México lograron construir el concepto de “reparación transformadora” adoptado por el SIDH, en la Sentencia de Campo Algodonero⁴⁴ en el año 2009, y asumido posteriormente para otros casos en la jurisdicción del SIDH y en Naciones Unidas a través de ONU Mujeres.

La reparación transformadora centra su interés en cambiar las condiciones sociales, culturales y políticas que llevaron a la violación de derechos humanos y, en este caso, a los femicidios, y dar un paso más en la reparación a la víctima. La CIDH lo expone de la siguiente forma:

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

5.2. Casos ilustrativos

En el presente capítulo se plantean tres tipos de experiencias de Guatemala y Colombia, cada una de ellas con características, contextos, o procesos judiciales distintos, pero todas ellas similares en el alto grado de violencia hacia las víctimas:

1. Grupos de víctimas de genocidio que realizaron un proceso psicosocial y lograron que en Guatemala se juzgara a altos mandos militares por el delito de genocidio.
2. Grupos de víctimas indígenas, también de Guatemala, por el caso de una masacre en su comunidad con un carácter colectivo y que lograron que su caso se resolviera en el SIDH y en las cortes nacionales.
3. El Acuerdo de Paz en Colombia que contempla audiencias donde los perpetradores exponen los hechos en los cuales participaron y las víctimas pueden escuchar.

⁴⁴ En el caso se perseguía justicia para mujeres desaparecidas y asesinadas en Ciudad Juárez en el marco de un patrón constante de agresiones hacia las mujeres.

En estos contextos, las víctimas han logrado realizar sus propias demandas colectivas y participar activamente en ellas. En el marco de la reflexión relacionada con prácticas restaurativas, estos casos ilustrativos pueden plantear algunas limitaciones, como es el hecho de que los ofensores directos no formaran parte de dichos diálogos, salvo raras excepciones que se comparten más adelante. Sin embargo, las víctimas logran encontrar espacios de diálogo y exigencia de derechos con interlocutores del Estado, quienes asumieron la responsabilidad del Estado por no garantizar la protección de las víctimas.

En este sentido, estas experiencias se pueden enmarcar como prácticas parcialmente restaurativas, de acuerdo con la clasificación que vimos en el capítulo 3: son grupos, círculos, encuentros, conferencias de víctimas que logran reflexionar y posicionar sus demandas después de un proceso de elaboración emocional de la experiencia. Se trata de víctimas de racismo y de discriminación en su máxima expresión, como son el genocidio o el femicidio, y tienen como propósito involucrar a la comunidad para la transformación de las condiciones que dieron lugar a las violaciones a derechos humanos, siendo su interlocutor principal el Estado como responsable de no haber evitado que se dieran dichas violaciones.

Además de presentar brevemente la experiencia de estos grupos, se expondrán los pasos dados para la construcción de las prácticas restaurativas, los logros y las limitaciones que estos procesos tuvieron. Se pretende presentar algunos aspectos de experiencias de trabajo con enfoque psicosocial con víctimas de guerra y femicidio que tienen elementos en común con prácticas restaurativas o incluso pueden ser prácticas restaurativas.

5.2.1. Genocidio ixil maya en Guatemala

Breve contextualización

Guatemala vivió un conflicto armado Interno desde el año 1963 hasta el 1996, año en que se firmaron los Acuerdos de Paz. El conflicto armado se caracterizó por hechos masivos de violencia como asesinatos, ejecuciones extrajudiciales, masacres, tortura y tortura sexual o desapariciones forzadas, entre otros, en un alto porcentaje hacia población indígena maya.

El informe realizado por la Comisión de Esclarecimiento Histórico⁴⁵ atribuye la responsabilidad en la comisión de esas violaciones de derechos humanos en un alto porcentaje al Ejército guatemal-

⁴⁵ Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/guatemala/informeCEH.htm>

teco como ofensor, junto con grupos de población civil denominados “Patrullas de Autodefensa Civil”, dependientes del ejército. La estrategia contrainsurgente incluyó, entre sus formas de operar, la obligatoriedad de formar parte en dichas patrullas bajo la amenaza de muerte o torturas en caso de no incorporarse. Es así que se construye un tejido social donde hombres de la misma familia o comunidad cometían delaciones o actos de crueldad extrema hacia familiares o vecinos, en la mayoría de los casos por el miedo o terror a que algo les sucediera a ellos o sus familias. De ahí que la definición o la línea de separación entre quién es víctima y quién es ofensor en algunos casos sea confusa.

Lo que sí queda documentado es el papel que tuvo el Gobierno a través de sus estructuras militares en la creación de dichos sistemas de control social y terror. Desde el año 1994 aproximadamente, algunos sobrevivientes de la guerra comenzaron a poner denuncias penales con el fin de poder recuperar los restos óseos de sus seres queridos, realizar exhumaciones y sepultarlos dignamente. El número de denuncias crece después de la firma de la paz y fundamentalmente a partir del año 2001, y se logra retomar procesos de investigación penal bloqueados por la impunidad. Uno de los procesos que prosperó fue el relativo al genocidio ixil.

Las víctimas sobrevivientes, junto con sus representantes legales, una organización social guatemalteca y con el apoyo de la cooperación internacional, en el año 2001, litigaron el caso por el delito de genocidio y crímenes de lesa humanidad en contra de personas individuales que ejercían la responsabilidad de mando de las Fuerzas Armadas entre los años 1981 y 1984 (los años con mayor grado de violencia hacia la población civil maya ixil).

En el año 2003, la organización social que llevaba el caso desde la investigación penal solicitó a una institución no gubernamental que llevara a cabo el fortalecimiento de las víctimas y testigos del caso con un enfoque psicosocial. Así, ese año se inicia un proceso de apoyo psicosocial, entendiéndose por ello “un conjunto de acciones con base en principios de la psicología social que van a permitir que personas y grupos hagan procesos de transformación personal, familiar y social en sus espacios cotidianos y, a través de estos cambios, logren la transformación de otras realidades sociales” (ECAP 2013: 38). El apoyo psicosocial⁴⁶ duró hasta el juicio, que tuvo lugar en el 2010, en la actualidad continúa por parte de organizaciones sociales. El propósito del trabajo con las víctimas y testigos desde un enfoque psicosocial fue el de fortalecer a las personas para enfrentar el proceso de justicia y demandar reparación.

⁴⁶ Para más información, se puede consultar: Gómez, N. (2009). *Florecer: Trabajo en Salud Mental con sobrevivientes de genocidio en el camino de la justicia*. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Cholsamaj.

Metodología en el abordaje de los grupos de apoyo/círculos restaurativos

Se crearon varios grupos de víctimas que se reunían de forma mensual construyendo un espacio de confianza facilitado por una profesional de psicología con el apoyo de una promotora en salud mental comunitaria maya ixil, quien realizaba la traducción e interpretación cultural, cosmogónica y del idioma.

En las primeras etapas del proceso, el primer año aproximadamente, las personas participantes compartían lo que les había sucedido, cómo ello les afectó en sus vidas a un nivel individual, familiar y comunitario, así como lo que les había dado fortaleza para salir adelante.⁴⁷

Después de esa primera etapa de descarga emocional, el grupo inició una nueva etapa de apertura a la comunidad, socializando los hechos, su esfuerzo en la lucha por la justicia y reparación y construyendo acciones dirigidas a las garantías de no repetición, como por ejemplo compartir su historia de vida en espacios comunitarios o en documentales. En definitiva, se trató de un proceso para acompañar la transformación de víctimas a sobrevivientes con poder de transformación social.

Como resultado de estas experiencias en procesos grupales se puede decir que, para que las prácticas restaurativas den un salto de la reparación individual a la colectiva y logren un “aporte de la comunidad”, primero es necesario que las víctimas elaboren emocionalmente la experiencia de violencia y, desde una postura de sobreviviente y actor social, demanden o reciban aportes del contexto comunitario. El proceso de recuperación y fortalecimiento emocional de las víctimas permite que las acciones sean recibidas como una práctica restaurativa y como reparación y no se conviertan en acciones revictimizantes, porque permiten la construcción de una mayor igualdad en las relaciones de poder entre víctima y ofensor.

La metodología en contextos multiculturales contempló la incorporación en el equipo de trabajo de personas que provenían o conocían el contexto cultural y cosmogónico de las víctimas y su idioma. Es así que o bien las y los profesionales que dirigen los procesos hablan en el idioma de las víctimas o, en caso de recurrir a personas traductoras o intérpretes, ellos y ellas deberán formarse en técnicas de apoyo psicosocial y el abordaje de las prácticas restaurativas.

La interacción entre víctimas y ofensores en el caso genocidio ixil

Este caso muestra la complejidad derivada del involucramiento de una parte importante de la población obligada a realizar hechos de violencia contra sus vecinos o familiares pero que, a su vez, fue víctima y, con el paso del tiempo, convive en sus comunidades nativas. En este contexto, cuando las

⁴⁷ Al respecto, puede consultarse: Gómez, N. (2009). *Peritaje Psicosocial por violaciones a derechos humanos*. Ciudad de Guatemala, Guatemala: F & G Editores.

víctimas persiguieron justicia por el delito de genocidio, algunas de ellas eran víctimas y victimarios y se encontraban en los grupos de apoyo/círculos fortaleciéndose emocionalmente en un proceso psicosocial para la búsqueda de justicia. Así, uno de los grupos con los que se trabajó estaba compuesto por esta caracterización, lo cual permitió un encuentro entre víctimas y ofensores que a continuación se detalla.

Transcurridas varias sesiones del grupo de apoyo donde las y los integrantes (entre ellos algunos eran conocidos y otros se encontraron en el proceso penal) compartieron los hechos vividos, el impacto psicosocial y las fortalezas y mecanismos de resiliencia, y después de que se construyera un espacio de confianza, un hombre comenzó a compartir cómo él y otras personas del grupo habían sido obligadas por el ejército a perseguir a hombres, mujeres, niños y ancianos que huían en la montaña. Estas personas compartieron con las demás integrantes del grupo que en el entrenamiento militar al que fueron sometidas, los formadores les decían “Ellos no son humanos, son animales. Hay que perseguirlos”. Así, quemaron siembras, casas o se llevaron el ganado. Posteriormente, otro hombre del grupo explicó cómo había sido perseguido, detenido y torturado en varias comunidades y frente a toda la población. En ese momento, el primer hombre identificó a su compañero del grupo de apoyo como un hombre que había visto ser torturado en las plazas. En el propio grupo de apoyo, identificaron cómo algunas de las participantes habían perseguido a otras.

Es decir, 20 años después de los hechos, las participantes del grupo de apoyo reconocieron el papel que cada quien había tenido durante la guerra. Después de un momento de tensión, el hombre que había sido víctima de tortura le dijo al hombre que relató cómo perseguían a la población: “Usted y yo podemos estar aquí ahora porque tenemos una meta común que es buscar justicia para los autores intelectuales (los altos mandos militares) de todo lo que pasó. Entiendo que ustedes fueron obligados a hacer lo que hicieron pero que hoy día buscan que las cosas sean diferentes, que exista justicia y que no vuelvan a pasar hechos como esos”.

En el grupo de apoyo, quienes habían sido ofensores, perseguidos y agredidos, compartieron cómo el ejército quemó su comunidad, cómo fueron obligados a desplazarse y construir una nueva comunidad bajo el control del ejército, a formar parte de las patrullas de autodefensa civil y cómo, cuando ellos salían a patrullar, sus mujeres se quedaban solas y en esos momentos eran víctimas de violencia sexual por parte de miembros del ejército. Es así que el trabajo en el grupo de apoyo permitió ofrecer una dimensión distinta a los hechos, escuchar y reconocer las emociones del otro y encontrar un espacio de diálogo y lucha conjunta, tanto por la justicia con respecto a los altos mandos militares, como por las garantías de no repetición.

Por otra parte, en su demanda penal, el grupo no tuvo oportunidad de tener un encuentro con los acusados responsables intelectuales de los hechos de violencia, de los cuales fueron víctima. Sin embargo, este espacio permitió que pudieran realizar propuestas al Estado para la construcción del Plan Nacional

de Resarcimiento, sumándose a otras iniciativas comunitarias y sociales y consiguiendo documentación para la elaboración de memoria histórica, el avance de los procesos penales y la reparación.

5.2.2. Caso Masacre Plan de Sánchez en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Breve contextualización

El caso de la masacre de Plan de Sánchez se ubica en el mismo contexto social, histórico y político que el caso del genocidio ixil. Se trata de la masacre de una comunidad indígena maya achí durante el conflicto armado interno en Guatemala en el año 1982 y con la misma particularidad de la cohabitación entre víctimas y ofensores en el espacio comunitario y municipal, siendo los responsables intelectuales los mismos que los del caso del genocidio ixil.

Una particularidad en este caso fue que las comunidades, con el fin de avanzar en su desarrollo de proyectos de agua potable, carreteras o escuelas, se vieron obligadas a “dejar a un lado” la experiencia vivida durante el conflicto armado como víctimas o victimarios, con el fin de lograr mejoras en las condiciones de vida del municipio. Esto exigía que las comunidades se pusieran de acuerdo para dichos proyectos. Otro elemento clave fue que, con el paso del tiempo y con el crecimiento de los hijos e hijas, algunos de ellos y ellas se unieron en parejas donde uno de ellos era hijo o hija de una persona víctima y el otro era hijo o hija de un ofensor. Estas situaciones fueron tensas inicialmente, pero en diferentes familias lograron tener una relación aparentemente armónica.

Algunas especificidades de este caso fueron:

1. La búsqueda de justicia en el país no lograba prosperar, al igual que en el caso del genocidio ixil, por lo que el caso se llevó al SIDH. En abril 2004, la sentencia de la CIDH⁴⁸ dictaminó la responsabilidad del Estado de Guatemala por incumplir su obligación de proteger los siguientes derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos: derecho a la integridad personal, garantías judiciales, protección de la honra y dignidad, libertad de conciencia y religión, libertad de pensamiento y expresión, asociación y reunión, propiedad privada, igualdad ante la ley y protección judicial.
2. Con base en la sentencia de la CIDH, las víctimas que litigaron el caso, después de su proceso en los grupos de apoyo/círculos, realizaron una petición de medidas de reparación de carácter

⁴⁸ La sentencia puede consultarse en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf

integral y colectivo, la cual fue reconocida en su casi totalidad por la CIDH, que ordenó al Estado de Guatemala que la cumpliera. Las medidas de reparación ordenadas fueron:

- La indemnización económica de las víctimas (por daño emergente, lucro cesante y daño al proyecto de vida).
- Un monto económico dirigido a mejorar la capilla que fue quemada en la masacre y que actualmente es lugar de culto de la comunidad.
- La construcción de una carretera que une las comunidades afectadas con el municipio.
- La construcción o mejora de viviendas y alcantarillado.
- La difusión de la sentencia en el idioma maya achí (el idioma de la región donde viven las víctimas).
- La implementación de programas que difundan la cultura maya achí en el municipio.
- Servicios de salud física y mental bajo los criterios de las víctimas y tomando en cuenta su cosmovisión.
- El acompañamiento técnico de la organización social que las acompañó desde un abordaje psicosocial.
- La petición de perdón por parte de personas con alto grado de responsabilidad política.

3. Las víctimas de la masacre identificadas en la sentencia fueron miembros de la comunidad de Plan de Sánchez y también personas de comunidades aledañas que fueron detenidas y asesinadas al cruzar la comunidad de camino al mercado. La particularidad del caso es que algunas comunidades aledañas eran cercanas y colaboradoras con el ejército, y otras habían vivido el conflicto armado de forma relativamente aislada. Esta situación llevó a que, en el momento de implementar las medidas de reparación, personas que eran identificadas como ofensor o familiares de ofensores recibieran una indemnización y reparación como víctimas.

4. El hecho de que la sentencia tuviera lugar más de 20 años después de los hechos, y de que su implementación se demorara otros años más, hizo que quienes habían sido víctima por el fallecimiento de sus seres queridos en la masacre, pero que no participaron en la búsqueda de justicia, no logran entender el carácter global de la reparación y el alcance para la recuperación del tejido social. Por esta razón, la organización que realizó el trabajo psicosocial inició un nuevo proceso con el fin de fortalecer el tejido social de las comunidades, abrir espacios para dar a conocer los hechos y la sentencia y lograr dignificar la lucha por la justicia que realizó el pequeño grupo de víctimas a lo largo de los años, tratando de beneficiar al máximo número de víctimas, incluso conociendo sus acciones como ofensores.⁴⁹

⁴⁹ Para ampliar información al respecto, se puede ver el vídeo de ECAS “Alegato contra el Olvido”, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=xoK_dd3vXeU

Metodología en el abordaje de los grupos / círculos restaurativos ⁵⁰

La metodología en este proceso fue similar a la del caso del genocidio ixil, pero con particularidades. Por un lado, después de la sentencia se continuó proporcionando apoyo psicosocial al grupo de la comunidad y, de forma paralela, con algunos representantes de este grupo se construyó un segundo grupo conformado por representantes de las comunidades aledañas que no habían participado en el caso penal y la lucha por la justicia, pero que eran víctimas identificadas en la sentencia. Después de que el grupo de representantes de las comunidades se fortaleciera, se conformaron tres grupos de apoyo más.

Una vez conformado el grupo de representantes, el primer paso fue realizar la difusión y socialización de la historia de lucha y el logro de la sentencia. Para ello, quienes habían sido más activos compartían sus vivencias a lo largo de los años y se crearon pequeños materiales de apoyo a la difusión, como un pequeño tríptico con las medidas de reparación.

El contexto social y político en ese momento se caracterizaba por la pobreza y las políticas clientelares desde los partidos políticos y el propio Gobierno, corriendo el riesgo de que la indemnización económica fuera percibida como un “regalo del Gobierno”. Por eso, se realizó un trabajo psicosocial con el fin de disminuir el posible impacto negativo y dignificando las medidas de reparación.

Otra de las acciones fue crear mesas de trabajo para la implementación de las medidas de reparación. Las medidas de reparación dictaminadas por la CIDH son en cierta medida generales. A modo de ejemplo, una medida de reparación puede ser la petición de perdón. Sin embargo, ¿cómo quieren las víctimas que se realice dicha petición? ¿Quién debería hablar? ¿En qué orden? ¿En qué lugar? La respuesta a todas esas preguntas debe ser construida con las víctimas. En el caso de Plan de Sánchez, lograron negociar con el Gobierno que asistiera el Vicepresidente, que hablara cada representante de las comunidades y que el Vicepresidente presenciara previamente a sus palabras una obra de teatro interpretada por los hijos e hijas de las víctimas, donde representaban la masacre sucedida en los años 80.

Las víctimas se involucraron de forma significativa en la implementación de las medidas de reparación. Se construyeron varias mesas de trabajo con diferentes actores donde se reflexionó y actuó de forma colectiva para que las acciones dirigidas a la mejora de la capilla, la carretera, las viviendas, la difusión de la sentencia en idioma maya achí, la difusión de la cultura o los programas de apoyo en salud física y mental se implementaran de acuerdo con las necesidades e intereses de las personas afectadas.

50 Para profundizar sobre la metodología se puede revisar Gómez, N. (2009). *Plan de Sánchez: una aproximación a la estrategia psicojurídica*. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Opciones. Disponible en: <https://www.ecapguatemala.org.gt/sites/default/files/Plan%20de%20Sanchez%20aproximacion%20estrategiaPsicojuridica.pdf>

La CIDH igualmente ordenó la investigación y sanción de los hechos en la jurisdicción nacional y se logró una sentencia condenatoria contra dos hombres de una comunidad aledaña, quienes acompañaron y apoyaron al ejército en la masacre. Sin embargo, el mayor interés de las víctimas ha sido la justicia hacia mandos militares y autores intelectuales, lo cual hasta la fecha no se ha logrado.

5.2.3. La justicia restaurativa en el Acuerdo de Paz en Colombia

Colombia, al igual que Guatemala, vivió un conflicto armado interno, aunque con características distintas. La firma de la paz tiene lugar en el 2016, después de 4 años de negociaciones entre el Estado y organizaciones de la guerrilla, con aportes de las víctimas y la sociedad civil. Las violaciones de derechos humanos documentadas fueron atribuidas a grupos paramilitares, ejército y guerrilla.

Años antes de la firma de la paz, se aprobó la Ley 975 de 2005, conocida como la Ley de Justicia y Paz, que tiene como objeto “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” (Art. 1). En 2012 fue modificada por la Ley 1592, la cual se acercaba más a satisfacer adecuadamente el derecho de la sociedad y de las víctimas a conocer los motivos de lo ocurrido, profundizando en patrones de macrocriminalidad (Rueda Guzmán 2015: 28). Esta ley “se propuso garantizar todos los derechos de las víctimas a través de un proceso penal especial, distinto al ordinario, en el que los excombatientes postulados son beneficiarios potenciales de penas alternativas (entre cinco y ocho años de pena privativa de la libertad), a cambio de decir la verdad sobre su pertenencia al grupo armado, contribuir a la reparación de las víctimas y a la reconciliación nacional. Esta ley ha sido especialmente aplicada a los integrantes de las denominadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), aunque algunos excombatientes guerrilleros, desmovilizados individuales, también se han postulado a ella” (Rueda Guzmán 2015: 9).

En el momento en que una persona ofensora postula a ser beneficiaria de la Ley, declarará los hechos frente a la Fiscalía y, posterior a la declaración, las víctimas podrán interrogar al o los postulados presentes, ya sea por medio de su apoderado, del fiscal, o directamente. La Fiscalía investigará los hechos, que serán expuestos en una audiencia frente a un tribunal, donde la persona aceptará o rechazará los cargos. En caso de aceptarlos, se acoge a la Ley y se entra en un momento dirigido a la reparación integral de las víctimas, donde ellas, directamente o a través de su representante, exponen los daños y la propuesta de medidas de reparación y una magistratura dictamina dichas medidas. El beneficio de acogerse a la Ley es tener penas sustancialmente más bajas (de 5 a 8 años) de lo que supondría una sentencia condenatoria en la jurisdicción ordinaria.

En relación a la participación de las personas ofensoras en la reparación integral de las víctimas, entre otras opciones, la Ley 975 contempla (Rueda Guzmán 2015: 41):

- El reconocimiento público de responsabilidad, la declaración pública de arrepentimiento y el compromiso de no reincidir en esas conductas (Art. 44.2).
- La colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y la localización de los cadáveres de las víctimas, de los que tenga conocimiento (Art. 44.4).
- Acciones de servicio social (Art. 44.5).

Por otra parte, en el marco del Acuerdo de Paz se aprobó la Ley 1424, por la que se crea el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), el cual “recibió el encargo de diseñar y aplicar un mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica, con la participación masiva de personas desmovilizadas de los grupos paramilitares y con otras contribuciones voluntarias” (CNMH 2015: 12) y se agregaron testimonios de víctimas, sobrevivientes o testigos, y organizaciones sociales y demás personas o instituciones que voluntariamente desearan colaborar. La misión del CNMH fue el desvelamiento de (a) las condiciones, (b) las circunstancias, (c) los motivos, (d) las actuaciones de distinto orden y (e) los impactos, daños y consecuencias del fenómeno paramilitar (CNMH 2015: 16).

Colombia ha tratado de implementar acciones en el marco de JR para la construcción de la Paz, desde los diálogos iniciados en el año 2012 entre los diferentes actores del conflicto armado hasta la firma del Acuerdo de Paz en el año 2016 y su implementación desde ese momento y en la actualidad. Entre ellas, las mencionadas Leyes 975 y 1424 permiten complementar la historia del conflicto desde el enfoque del Derecho a la Verdad, recogiendo las voces de los ofensores, las víctimas y otros actores. Así, se han propiciado espacios donde exponer los hechos, actos de reconocimiento y petición de perdón por parte de los ofensores y la construcción de medidas de reparación desde y para las víctimas. Sin embargo, a pesar de todo ello, existe un fuerte descontento o un bajo grado de satisfacción de la sociedad en general y de las víctimas en particular, que ha quedado reflejado en diferentes informes, como en “Luces y sombras de la implementación del Acuerdo de Paz en Colombia” realizado por el Instituto de Investigación para la Paz de Oslo (PRIO) y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de Colombia, donde se expone:

“Los datos muestran que, tres años después de la firma del Acuerdo, un 38% de los encuestados muestran algún nivel de satisfacción (de “algo” a “muy” satisfecho) con la implementación del Acuerdo. Mientras, un 58% de los encuestados manifiestan no estar “nada” satisfechos. Los temas más valorados son la sustitución de cultivos ilícitos y la verdad, justicia y reparación de las víctimas. Los menos valorados son las mejoras en salud y educación, seguidos de la participación política de las FARC” (Mokleiv y Ruiz 2020: 9).

Otros autores observan que son varios los factores que limitan lo que podrían ser escenarios ideales para promover fórmulas de JR en la Jurisdicción Especial de Paz (JEP):

“Primero, la JEP es fundamentalmente un proceso oficial, ritualista y unidireccional de poder asociado a prácticas retributivas y, aparentemente solo al final, en la discusión de la pena, tiene un enfoque restaurativo. Segundo, parece existir una visión facilista y paternalista de la justicia restaurativa en el acuerdo, en la medida en que el proceso parece estar prefijado y con poco juego a las dinámicas locales de construcción de estos escenarios. Tercero, el acuerdo no parece tener en cuenta la caracterización y diversidad de las comunidades con la que se va a enfrentar. Sin eso va a ser muy difícil planear escenarios en donde no se haga más daño. Cuarto, no existe una idea sobre cómo será el proceso en concreto, es decir, cómo acercarse a las comunidades, de qué postulados partir, cómo articular los otros procesos (verdad, reparaciones, construcción de infraestructura regional) con este proceso” (Sánchez y Parra 2018: 10).

Con respecto a las acciones de arrepentimiento y petición de perdón por parte de las personas victimarias en procesos como el conflicto armado colombiano y la JEP, existen inquietudes en el sentido de considerar si realmente cumplen con una función restauradora o reparadora ya que “introducir exigencias en relación con el arrepentimiento podría generar algunos debates y problemas. De una parte, podría entenderse que es una exigencia “moral” y no propiamente jurídica. También puede generar la “banalización” del acto de arrepentimiento, dado que la manifestación de un acto tan asociado a la moralidad interna se podría reducir al mero afán instrumental de cumplir con el requisito de acceso al proceso restaurativo. Desde este punto de vista, convendría ver el arrepentimiento como un objetivo y no como un requisito de acceso a los procesos restaurativos” (Sánchez y Parra 2018: 76).

En cuanto a la incorporación de la comunidad en el marco de los procesos de construcción de paz y de la JR, se plantea la necesidad de preguntarse quién es la comunidad, y considerar que “estamos en comunidades en constante cambio, dentro de una realidad urbana, con ciudadanos interconectados, donde la gente interactúa sin tener necesidad de establecer lazos profundos con fines comunes determinados. Los procesos de justicia restaurativa en estas nuevas comunidades se están dando en sociedades donde los participantes probablemente jamás se hayan visto y donde probablemente nunca van a entrar en contacto posteriormente. El reto real es, en estos contextos, entender cómo hacer de estos encuentros entre gente extraña, una experiencia significativa para todos” (Sánchez y Parra 2018: 77).

Por ello, los mismos autores recomiendan que “las instituciones y los operadores deben procurar, hasta donde sea posible, adaptarse a las comunidades y no presionar indebidamente la adaptación de las comunidades a las dinámicas del Estado. Para tal efecto, los funcionarios deberán impulsar diálogos y alianzas con procesos individuales y colectivos de liderazgo comunitario” (Sánchez y Parra 2018: 77).

Una opción es la implementación de las denominadas “prácticas parcialmente restaurativas”, las cuales se consideran más adecuadas a las posibilidades del contexto colombiano, dado que permiten que las víctimas tengan sus propios espacios para sanar, al tiempo que construyen estrategias y acciones dirigidas a la resolución del conflicto o la construcción de la paz. En este sentido, “los procesos restaurativos (en donde no se desarrolla necesariamente un diálogo entre ofensor y víctima) se proyectan como una alternativa para evitar niveles de revictimización para las víctimas que no quisieran involucrarse en procesos de este tipo” (Sánchez y Parra 2018: 82).

En definitiva, en el caso colombiano, al igual que las reflexiones presentadas en los casos guatemaltecos, se hace referencia a la necesidad e importancia de reconocer estas prácticas como procesos, es decir, la necesidad de dedicar tiempo para lograr su propósito: “La implementación de justicia restaurativa y/o prácticas restaurativas necesariamente conllevará una inversión de tiempo superior a la que tienen muchos procesos. Ello se debe a la variable tiempo que podrían suponer los diálogos entre víctimas, ofensores, familias, y comunidades. Asimismo, un proceso adecuado de seguimiento a la implementación de las medidas restaurativas exige una profunda implicación de dichos funcionarios, lo cual también supone una mayor inversión de tiempo, tanto en oficinas como fuera de las oficinas, en espacios asociados a la restauración” (Sánchez y Parra 2018: 82).

5.3.

Procesos o pasos dados para la construcción de las prácticas restaurativas

Los elementos clave de los procesos y prácticas restaurativas presentadas en los casos ilustrativos fueron los siguientes.

1. Las propias víctimas acudieron a denunciar los hechos vividos, o bien organizaciones de la sociedad civil con presencia en los lugares donde sucedieron los hechos invitaron a las víctimas a incorporarse en grupos de apoyo. Una vez que se tuvo un mejor conocimiento de los hechos, las organizaciones de la sociedad civil brindaron apoyo legal, social, médico y/o psicosocial a las víctimas.
2. De forma paralela a los procesos legales de documentación criminal y penal del caso, se llevaron a cabo acciones de fortalecimiento de las víctimas en espacios grupales similares a los círculos. En ellos se compartieron las vivencias y su impacto psicológico y psicosocial a nivel individual, familiar y comunitario. A medida que se compartían experiencias, se construía una relación de confianza, se reconocía el dolor de las víctimas y se acompañaba de la solidaridad de otras víc-

timas. Ello permitió activar demandas individuales y colectivas, la mayor parte de ellas dirigidas a cambiar las condiciones que permitieron la violencia o el delito, y solicitar al Estado que garantizara que lo sucedido no se vuelva a repetir. Se trató de procesos largos, que requirieron un mínimo de encuentros mensuales de las víctimas a lo largo de un año.

3. Una vez que las víctimas lograban tener una descarga emocional y encontrar en el grupo solidaridad y apoyo, tenían mayor fuerza para organizar acciones políticas y públicas que acompañaran el proceso penal, como por ejemplo, contribuir a informes circunstanciales donde se exponía la situación pasada y actual relacionada con la problemática, realizar demandas en la construcción de políticas públicas sobre justicia, seguridad, salud o educación, realizar o contribuir en campañas de sensibilización con la población en general o en centros escolares, etc.
4. Se abrieron espacios de diálogo con interlocutores del Gobierno con el fin de lograr la transformación del contexto social, cultural o político que permitió la violencia o los delitos. Las víctimas, después de fortalecerse emocionalmente en los grupos de apoyo/círculos, construyeron redes y alianzas con otras víctimas, colectivos u organizaciones de sociedad civil, tanto locales como nacionales, donde elaboraron sus propuestas de reparación y estrategias de acción.

Como parte de sus estrategias iniciales, participaron en espacios gubernamentales o mesas de trabajo, tanto locales como nacionales, donde poco a poco su voz era escuchada y posicionaban sus demandas. Su participación social y política se veía fortalecida, logrando mesas de diálogo a alto nivel del Gobierno para construir medidas de reparación y políticas públicas que cambiaran los contextos políticos, culturales y sociales.

Así, en esos encuentros se construyeron propuestas de reparación transformadora que cada grupo local posicionó en los contextos políticos locales con víctimas, vecinos/as y autoridades gubernamentales, adquiriendo de ese modo una fuerza que permitió llevar esas propuestas a mesas de diálogo de alto nivel con autoridades gubernamentales del país. Es así como se ha logrado en países como Guatemala y Colombia que las víctimas posicionen los temas que son de su interés.

5. Se llegó a acuerdos con el Gobierno sobre programas y políticas públicas y se construyeron mecanismos de seguimiento y monitoreo, como por ejemplo comités integrados por las víctimas y diferentes actores gubernamentales y no gubernamentales, con el fin de lograr que se implementaran las demandas de las víctimas.
6. En los casos donde existió participación en los grupos de apoyo o círculos de personas que fueron ofensoras, se abrió la posibilidad de que, una vez construida la relación de confianza y conversando sobre los impactos psicológicos y psicosociales, cada persona involucrada en los hechos pudiera compartir por qué lo hizo, cómo le afectó y encontrar un sentido a la razón por la cual en ese momento de su historia personal se encontraban juntos o juntas.

5.4. Los logros y aprendizajes

En este apartado se exponen los logros y aprendizajes de los procesos referidos de Guatemala y Colombia. Los logros hacen referencia a acciones positivas resultantes de todo su esfuerzo y los aprendizajes a las reflexiones que deja la práctica de las experiencias en los casos ilustrativos.

1. Las víctimas que denunciaron y buscaron justicia y reparación representaban un grupo reducido respecto al total de las víctimas realmente afectadas. Eran mujeres y hombres que vencieron el miedo a represalias, las dificultades económicas que supone litigar sus casos y enfrentar el rechazo de ciertos sectores sociales. Sin embargo, en el momento en que se concretó un resultado positivo, un reconocimiento de los hechos y una reparación, nuevos grupos de víctimas rompieron el silencio y se sumaron a las denuncias.
2. Los procesos de búsqueda de justicia, memoria histórica y reparación en países en situaciones de conflicto y postconflicto han puesto de manifiesto el papel de las mujeres como constructoras de paz. Las mujeres son más numerosas que los hombres en su dedicación y esfuerzo por impulsar acciones de construcción de la paz. Este reconocimiento de las mujeres como “constructoras de paz” llevó al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a emitir varias resoluciones, como la Resolución 1325 y otras resoluciones conexas, donde se alienta y exhorta a países en situación de postconflicto a impulsar, entre otras medidas, la incorporación de las mujeres en espacios de toma de decisión social, educativa, cultural o política; brindar atención médica, psicológica y psicosocial a víctimas mujeres, niñas y adolescentes o favorecer espacios de formación para las mujeres. La relevancia del papel de las mujeres en la construcción de la paz hace necesario tener presente el enfoque de género en los procesos restaurativos.
3. Fue clave el hecho de que las víctimas dispusieran de espacios cerrados y confidenciales, en el marco de un abordaje psicosocial, donde poder compartir sus experiencias con otras personas víctimas les brinda una fortaleza y capacidad de acción con poder de transformación social.
4. El esfuerzo de las víctimas por lograr satisfacción en los procesos restaurativos supuso que la sociedad adquiriera un grado de consciencia sobre lo sucedido, se sensibilizara, y que los hechos vividos se convirtieran en un tema de debate, todo ello como paso previo indispensable para la implementación de acciones para la reparación del daño y para la no repetición.

5. Los procesos grupales de apoyo permitieron, desde las acciones de solidaridad y reconocimiento del otro, construir la memoria histórica con diferentes metodologías como documentales, libros, obras de teatro, canciones, pinturas, murales, etc.
6. Se lograron cambios en políticas públicas y programas, fundamentalmente dirigidos a fortalecer a sectores tradicionalmente excluidos como la población indígena, campesina o mujeres.
7. En los espacios de encuentro se logró visualizar desde los puntos de vista tanto de la víctima y como del ofensor que lo sucedido se encuadraba en un contexto cultural, económico y social que lo había hecho posible y que, víctimas y ofensores juntos podían darse una oportunidad para transformar dicho contexto para que hechos similares no se volvieran a repetir.

5.5. Los desafíos o limitaciones

En el presente apartado se presentan de forma sintética los desafíos o limitaciones en los procesos y prácticas restaurativas que han sido presentados.

1. Los procesos que aquí se han planteado son largos. En el caso de Guatemala y Colombia son hechos sucedidos en los años 80 y 90. Su abordaje se ha concretado tiempo después.
2. A nivel social y político, existe una gran desigualdad de poder entre las víctimas y los ofensores, lo cual dificulta la posibilidad de construir diálogos francos que lleven al reconocimiento de los hechos y a la construcción de nuevas relaciones sociales.
3. Son procesos que requieren un alto grado de involucramiento por parte de diferentes servicios y profesionales, los cuales generalmente forman parte de organizaciones de la sociedad civil, la cooperación internacional o agencias de Naciones Unidas y donde la participación de instituciones del Estado ha sido limitada y con procesos administrativos burocráticos.
4. Las y los profesionales de las diferentes disciplinas que acompañan este tipo de procesos desde organizaciones gubernamentales y no gubernamentales deben estar altamente cualificados, lo cual es complejo al no ser temas abordados en los diferentes niveles educativos y universitarios.

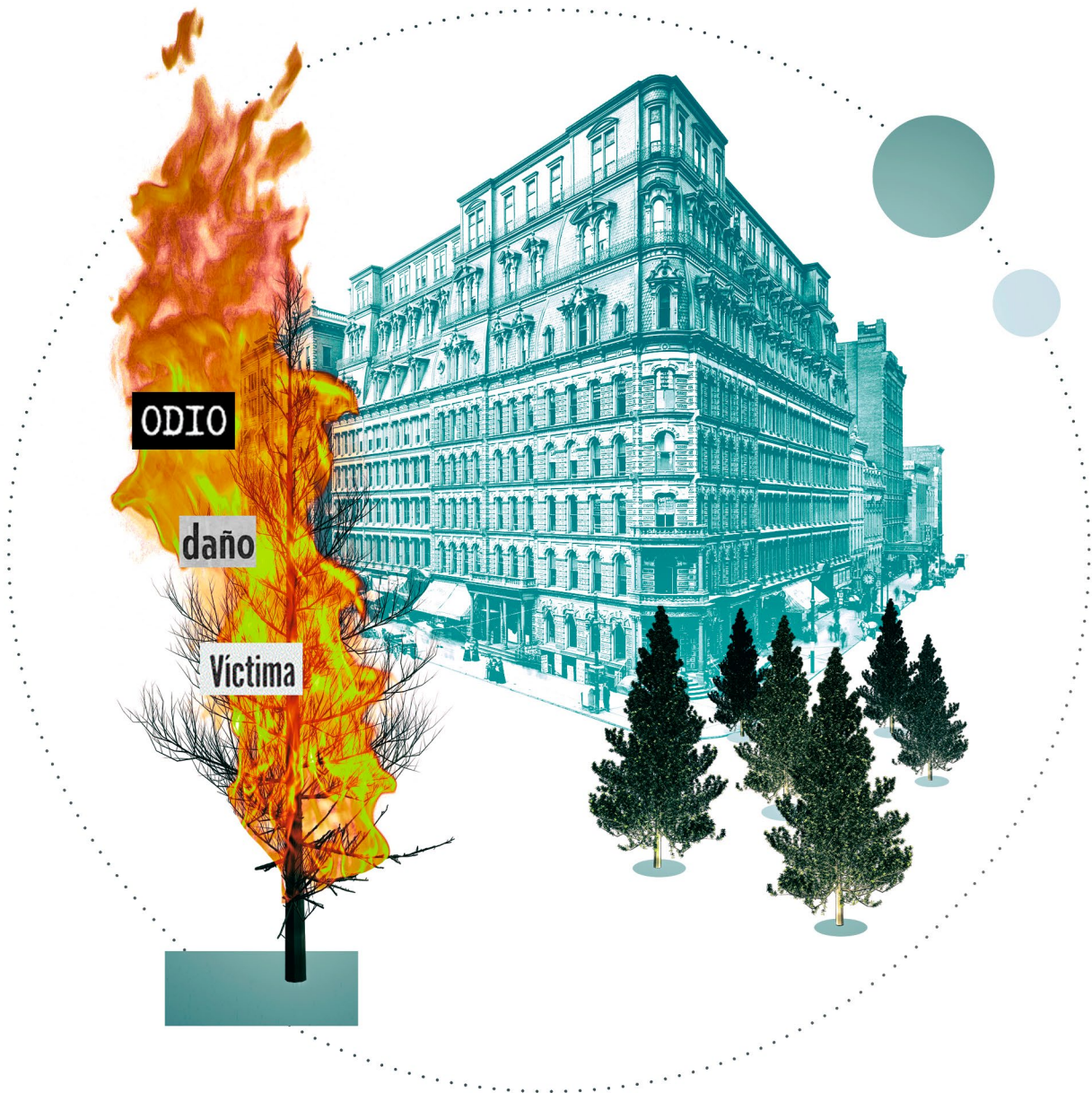
5. Desde los gobiernos se adquieren compromisos para construir políticas y programas públicos y, sin embargo, el grado de voluntad para su implementación es muy limitado, haciendo que a menudo se queden en papel, a pesar del alto grado de seguimiento y monitoreo que dan las víctimas. Ello puede provocar una victimización secundaria y terciaria.
6. En los casos de desaparición forzada y ejecuciones extrajudiciales, las víctimas desean conocer el paradero de sus seres queridos y los ofensores no facilitan esa información, llevando a las víctimas a una alta decepción de los procesos.
7. En los grupos de apoyo se percibe que los hombres tienen mayor dificultad en conversar sobre sus emociones y sentimientos que las mujeres, y quizás eso pueda bloquear la construcción de nuevas alternativas apoyadas en conocer cómo los hechos de violencia afectaron a la otra persona.
8. La dificultad del sistema “formal” de justicia de tener profesionales que pertenezcan o conozcan a fondo la cultura, cosmovisión o idioma de las víctimas puede llevar a una nueva victimización o a encontrarse en una mayor relación de desigualdad de poder.



6

Experiencias de prácticas restaurativas para prevenir o atender casos de discriminación





Experiencias de prácticas restaurativas para prevenir o atender casos de discriminación

Como hemos visto, la JR se ha empezado a impulsar e implantar recientemente en el mundo occidental y todavía son escasas las aplicaciones que han tenido un enfoque específico en las violencias derivadas de la discriminación por etnia o raza, por género, por identidad y orientación sexual, etc. Y es que sus principales promotores originalmente fueron personas blancas que poco consideraban los factores de raza o género en la filosofía restaurativa. La mayoría de las experiencias y evaluaciones en este ámbito se encuentran principalmente en países anglosajones, como Estados Unidos de América (EEUU) y el Reino Unido.

En este apartado, proponemos una selección de experiencias de prácticas restaurativas realizadas en América del Norte y en el Reino Unido en el abordaje de distintos tipos de discriminación y desigualdades estructurales, realizadas en diversos ámbitos y con articulaciones también variadas con el sistema de administración de justicia. Con ellas, se pretende dar cuenta de la amplitud de las posibilidades de aplicación y de las vías que todavía quedan por explorar y desarrollar.

6.1. Servicios de Justicia Restaurativa para víctimas de delitos homófobos de *Why me?* (Reino Unido)

La organización inglesa *Why Me?* (¿Por qué yo?) lleva años trabajando en Inglaterra y Gales tanto en la implementación de servicios de JR como en la promoción de las prácticas restaurativas para prevenir y dar respuesta al delito, y en particular, a los delitos e incidentes de odio. En este país encontramos la que quizás sea la apuesta gubernamental más firme por la JR de los países europeos, con servicios de JR disponibles en todo el país y aplicables a todo tipo de delitos, así como durante cualquier fase del proceso penal. El Estatuto de la Víctima⁵¹ del país establece claramente el derecho de las víctimas a acceder los servicios de JR.

En 2019 *Why Me?* puso en marcha un proyecto en Londres con el fin de incrementar el acceso de las víctimas de delitos e incidentes de odio anti-LGTBQI a servicios de JR. Para ello, en primer lugar, se centraron en el desarrollo de relaciones de partenariado con las organizaciones de personas de estos colectivos, en un proceso orientado igualmente a identificar y analizar las necesidades y obstáculos expresados por esas organizaciones para mejorar el abordaje de los casos de odio.

Realizaron formaciones sobre JR con las organizaciones LGBTQI, así como con la Oficina Metropolitana de Policía y la Oficina Municipal de Policía y Delito, que también siguieron formaciones sobre delitos de odio contra personas de estos colectivos. El objetivo que perseguían esas formaciones, combinadas con una campaña dirigida a las personas de esos colectivos sobre sus derechos y sobre la JR, era mejorar la articulación de los distintos servicios y de la efectividad del derecho a recibir información sobre los servicios de JR como paso inicial básico, con el fin de conseguir un aumento del número de casos que se derivaban a los servicios de JR de *Why Me?*, cuyo personal también recibió formación para atender casos específicos contra los colectivos LGBTQI.

A partir de la experiencia del proyecto, han elaborado un manual sobre el uso de la JR en casos de delitos de odio anti-LGTBQI, donde se recogen aprendizajes y recomendaciones para la

⁵¹ Se puede consultar en el siguiente enlace: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/936239/victims-code-2020.pdf

implementación de procesos restaurativos en dichos casos.⁵² Parten de las conclusiones de una evaluación realizada por el Ministro de Justicia durante varios años, a principios de los 2000, sobre los servicios de JR⁵³, de la que se desprendía, entre otras cuestiones, que los encuentros restaurativos o conferencias son la forma más efectiva de JR, de acuerdo con las víctimas.

En este caso, estos encuentros restaurativos se producen, en los términos de *Why me?*, entre la persona dañada y la persona que ha infligido el daño (*a harmed and a harmer*), con acompañantes de ambas (*supporters*) escogidas por ellas mismas, y con la facilitación de una o dos profesionales (recomiendan que sean dos en casos de delitos de odio, pudiendo ser una de ellas un miembro de una organización del colectivo de la persona dañada). Las acompañantes pueden ser miembros de la familia, amistades o profesionales que acompañan a la persona dañada a nivel emocional o físico.

El encuentro sigue generalmente unas pautas, con una primera parte centrada en hablar de lo que sucedió y los pensamientos y emociones relacionados con los hechos, y una segunda en que las participantes hablan de cómo puede repararse el daño.

En caso de que una de las partes no quiera participar en un encuentro cara a cara, se puede recurrir a opciones alternativas: una de ellas es la de los procesos restaurativos indirectos, como la comunicación por carta, o comunicaciones mediadas por la persona facilitadora (que pasa la información de una persona a otra) o incluso conferencias de vídeo o de audio; una segunda es el recurso a víctimas subrogadas; y también se pueden mantener entrevistas restaurativas entre la persona dañada y la persona facilitadora sobre el impacto que ha tenido el delito o incidente de odio.

A partir de las experiencias, *Why me?* ha elaborado una serie de recomendaciones prácticas para el abordaje de estos casos específicos, que tienen que ver con las características, capacidades y rol de las personas facilitadoras, con la evaluación de riesgos que hay que realizar siempre, con las tareas imprescindibles para la preparación de los encuentros, sobre el propio manejo del encuentro y las situaciones que pueden darse y sobre lo que se debe hacer al finalizar el encuentro para su seguimiento y evaluación.

⁵² Puede consultarse aquí: <https://why-me.org/wp-content/uploads/2020/11/Safe-To-Be-Handbook-2-2.pdf>

⁵³ Atkinson A., Atkinson H. y otros (2007). *Restorative justice: the views of victims and offenders*. Ministry of Justice Research Series 3/07. Disponible en: <https://restorativejustice.org.uk/sites/default/files/resources/files/Ministry%20of%20Justice%20evaluation%20-%20Restorative%20justice%20the%20views%20of%20victims%20and%20offenders.pdf>

6.2. Prácticas restaurativas en la escuela en Oakland (Estados Unidos)

Como explica Fania Davis (2017: 40): “la falta de consciencia sobre justicia racial dentro de la comunidad de la justicia restaurativa es resultado directo del racismo estructural e institucional enraizado en un patrón histórico: con excepción de los movimientos iniciados por gente de color, todos los movimientos sociales en Estados Unidos han empezado por personas blancas y no han logrado incluir asuntos de raza, particularmente en las últimas décadas”.

En el año 2013 se llevó a cabo la Primera Conferencia Nacional sobre JR en EEUU enfatizando el análisis de la perspectiva racial en dicho movimiento social, impulsado por Fania Davis y otras abogadas promotoras de la justicia racial. Desde entonces, se ha dado una mayor visibilidad a cómo podrían realizarse intervenciones restaurativas para asuntos de discriminación racial, de género, de clase o religión. En dicho país existen organizaciones especializadas en incluir temas de raza, género y diversidad cultural con un enfoque restaurativo.⁵⁴

Justicia Restaurativa para la Juventud de Oakland (RJOY) es una organización líder a nivel nacional que promueve prácticas restaurativas enfatizando la interseccionalidad con la justicia racial, reconociendo la cosmovisión indígena que nutre a las prácticas restaurativas. En 2006 se inició el primer programa piloto en una escuela pública de secundaria con el objetivo de poner fin al “círculo de violencias, encarcelamiento y vidas malgastadas de jóvenes”,⁵⁵ promoviendo un cambio cultural basado en prácticas restaurativas, y desmarcándose de las respuestas punitivas que venían siendo aplicadas con efectos nefastos (sancionar los comportamientos inadecuados con expulsiones del colegio, con frecuencia repetidas, aumentaba la probabilidad de comportamientos violentos).

Así, el programa se concretó en la creación de círculos de diálogo para impulsar una cultura de conexión y responsabilidad, como alternativa a los métodos de exclusión disciplinarios que se tenían hasta el momento y que afectaban principalmente a población latina, asiática y afroamericana. El proyecto eliminó los índices de violencia en el interior de la escuela y las expulsiones, y redujo las tasas de suspensión en un 87% en los primeros dos años de su implementación.

⁵⁴ Ver, entre otras: <https://www.wearestronghold.org/>, <https://comingtothetable.org/> o <http://rjoyoakland.org/>

⁵⁵ Se pueden ver un vídeo explicativo del programa y otro con un ejemplo de círculo en el siguiente enlace: https://nacjr.org/index.php?option=com_content&view=article&id=216%3Arestorative-justice-for-oakland-youth-rjoy&catid=41

Actualmente más de 40 escuelas del *Oakland Unified School District* implementan prácticas restaurativas que fortalecen la comunidad escolar y al mismo tiempo, fomentan la rendición de cuentas y la reparación cuando ocurre algún conflicto. Estas prácticas incluyen conversaciones restaurativas, conferencias, círculos, mediación con un enfoque principal de ser guiado por los propios estudiantes.⁵⁶

Aunque permanecen algunas disparidades entre la población racial escolar, la brecha en la aplicación de medidas disciplinarias entre la población negra y blanca se ha reducido en un 47% y la brecha entre las medidas disciplinarias entre población latina y población blanca bajó en un 59% durante el período de 2012 a 2017 (Davis 2017: 52).

6.3. Prácticas restaurativas tras graves amenazas islamófobas después del 11 de septiembre en Oregón (Estados Unidos)⁵⁷

Este caso tuvo lugar en la localidad de Eugene, Oregón (EEUU) luego de que un individuo llamó telefónicamente en dos ocasiones al Centro Cultural Islámico proclamando la muerte de la comunidad musulmana en represalia por los ataques terroristas del 11 de septiembre, ocurrido un par de horas antes. La policía pudo rastrear el origen de la llamada y arrestar al ofensor, además de brindar protección policial a toda la familia de la persona que recibió la llamada. El Fiscal a cargo de la investigación contactó al *Community Accountability Board* (Junta Comunitaria de Responsabilidad o Rendición de cuentas) que operaba en el barrio del ofensor para buscar iniciar un proceso restaurativo.

Tres mediadores de dicha Junta Comunitaria se reunieron con el ofensor, quien explicó que luego de ver las imágenes de la destrucción causada en las Torres Gemelas, motivado por el enojo, reconoció realizar dichas llamadas amenazantes contra el líder musulmán, pero que se arrepentía por sus actos y quería reparar el daño ocasionado. La familia de la víctima también aceptó reunirse con el ofensor pues querían expresarle no solo el daño generado a su familia, sino también a su comunidad musulmana.

⁵⁶ Estas prácticas restaurativas se complementan con otras herramientas y estrategias escolares, como el Sistema de Intervención de Comportamiento positivo y otras iniciativas de la Oficina de Equidad y *African American Male Achievement*.

⁵⁷ Citado en Gavrielides, T. *Restoring Relationships...* p. 198-200.

Días después, se realizó el encuentro en un espacio público, con la intención de dar un mensaje didáctico a la comunidad. Además del ofensor y la familia de la víctima, se sumaron unas 20 personas representantes de la comunidad y las autoridades del sistema de justicia. Durante la reunión el ofensor ofreció disculpas y la víctima explicó que en Oriente Medio las amenazas de muerte son muy serias. La comunidad mostró gran apoyo tanto a la familia de la víctima, como al ofensor en relación a sus esfuerzos por cambiar estas actitudes. Sin embargo, debido a la tensión de la primera reunión, se acordó tener un segundo encuentro, pues la familia de la víctima no estaba satisfecha con los resultados ni con la actitud del ofensor.

En la preparación del segundo encuentro, los mediadores supieron por el ofensor que se había sentido muy presionado con la presencia del Fiscal por responder cada pregunta de la forma “correcta” y también por los integrantes de la comunidad, máxime cuando uno de ellos cuestionó que estuviera preparado para educar a sus hijos. El ofensor había perdido a un hijo siendo aún bebé y su proceso de duelo seguía inconcluso, lo que le había generado episodios de depresión. Se le invitó a compartir esta historia en el siguiente encuentro.

Durante el segundo encuentro, el ofensor respondió a preguntas de la familia afectada, reiterando que no volvería a cometer dichos actos en su contra. También habló del proceso terapéutico que había iniciado y la pérdida de su hijo. Al hacer lo anterior, se generó un ambiente de empatía entre la familia de la víctima hacia el ofensor, quien continuó respondiendo preguntas de la comunidad.

Como acuerdos de esa segunda reunión, el ofensor aceptó realizar una disculpa pública y la víctima aceptó hablar con el empleador del ofensor, si lo anterior ponía en riesgo su estabilidad laboral. El ofensor también aceptó acudir a dos reuniones sobre la cultura del Islam que se ofrecían en el Centro Cultural, a cooperar con la cobertura mediática que el caso estaba teniendo, además de acudir al centro juvenil de detención para hablar con los jóvenes sobre su experiencia. El 18 de noviembre se publicó una nota local en primera plana contando la historia y los acuerdos logrados gracias al proceso restaurativo, donde las necesidades de todas las partes involucradas, ofensor, víctima y comunidad fueron satisfechas.

6.4. Prácticas Restaurativas en el Centro de Justicia para la Mujer en el Estado de Hidalgo (CJMh), México⁵⁸

El CJMH⁵⁹ se creó en el año 2014 con el mandato de erradicar la violencia contra las mujeres y favorecer su acceso a la justicia. El CJMH coordina dentro un mismo espacio la articulación de una red de colaboración interinstitucional (dependencias encargadas de derechos humanos, seguridad pública, procuración de justicia, educación y salud, entre otras) a fin de brindar atención integral a las mujeres que sufren violencia, así como a sus hijas e hijos menores de edad.

En el año 2017 se abrió el Área de Justicia Restaurativa Penal dentro del CJMH con el fin de ofrecer un enfoque restaurativo como una salida alternativa al proceso penal iniciado. Los casos canalizados a esta Área deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Haber iniciado previamente una investigación penal por el delito de violencia de género o incumplimiento de obligaciones alimenticias.
2. Que la mujer afectada no esté en contacto directo con el ofensor y no esté viviendo violencia en el momento presente.
3. Que la violencia denunciada haya sido calificada como “leve” o “moderada”, según el área interdisciplinaria que recibió la queja inicialmente (conformada por personal del área de psicología, asesora jurídica y personal de la Fiscalía).⁶⁰
4. Que el ofensor no tenga denuncias previas en su contra por el mismo delito.
5. Que la mujer afectada acepte voluntariamente la canalización a esta área, una vez que se le ha informado y puesto a su valoración el modelo y proceso restaurativo.

Del cúmulo de casos recibidos en el CJMH, solamente un 30% cumplen estos requisitos y son canalizados al Área de Justicia Restaurativa, lo que representa alrededor de 350 casos por año. Una

⁵⁸ Información proporcionada por Dulce María Calva Sánchez, Facilitadora Penal en el área de Justicia Restaurativa del CJMH, entrevista el 13 de Enero 2021.

⁵⁹ <http://justiciamujeres.hidalgo.gob.mx/>

⁶⁰ Los hechos denunciados pueden ser calificados como riesgo “leve”, “moderado”, “alto” y “extremo”.

vez derivado el caso a esta Área como una alternativa de suspensión condicional al proceso,⁶¹ se realizan sesiones individuales por separado tanto con la víctima como con el ofensor.

Respecto a la víctima, el objetivo de las sesiones es desarrollar un documento que plasme la forma en que ella requiere la reparación integral del daño (dentro del catálogo previsto en la legislación nacional).⁶²

Respecto al ofensor, el objetivo de las sesiones individuales es que reconozca su responsabilidad y acepte cumplir con cualquiera de las medidas de reparación sugeridas por la víctima y previstas en el catálogo de legislación nacional, durante un plazo de 6 meses a 3 años, según lo imponga el Juez a cargo. Uno de los apoyos que ofrece el CJMH es tratamiento psicológico tanto a la víctima como al ofensor durante el tiempo que dure el proceso en el área Restaurativa.

Ambas partes en el proceso cuentan con asesoría legal: el ofensor puede elegir entre un defensor particular o público (brindado por el propio CJMH) y la víctima tiene el apoyo de una Asesora jurídica, particular o del propio CJMH.

Si bien el modelo en el que se inspiró esta intervención fueron las Juntas Restaurativas, solamente en un porcentaje mucho menor se ha logrado llevar reuniones conjuntas entre víctimas y ofensores, pues las víctimas no suelen estar dispuestas a una nueva conversación con su ofensor. Según la facilitadora entrevistada, en los tres años que ha laborado en el CJMH solamente en una ocasión facilitó una Junta Restaurativa entre víctima y ofensor.

Sin embargo, los niveles de satisfacción evaluados tanto en víctimas usuarias como en ofensores es alto, pues para las mujeres es de gran significado emocional participar directa y activamente en la definición de la reparación integral del daño por la violencia recibida pues las medidas impuestas se ajustan a sus necesidades en particular.

61 El Art. 191 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que por suspensión condicional del proceso deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que refiere este Capítulo, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.

62 Las medidas pueden ser: Residir en un lugar determinado; Frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas; Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas; Participar en programas especiales para la prevención y el tratamiento de adicciones; Aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el Juez de control; Prestar servicio social a favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública; Someterse a tratamiento médico o psicológico, de preferencia en instituciones públicas; Tener un trabajo o empleo, o adquirir, en el plazo que el Juez de control determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia; Someterse a la vigilancia que determine el Juez de control; No poseer ni portar armas; No conducir vehículos; Abstenerse de viajar al extranjero; Cumplir con los deberes de deudor alimentario, o cualquier otra condición que, a juicio del Juez de control y petición de la víctima, logre una efectiva tutela de los derechos de la víctima. Artículo 195 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por su parte, los ofensores participantes también han manifestado un alto nivel de satisfacción en el proceso, pues además de que representa una alternativa para suspender el proceso penal en su contra, logran entender cómo su conducta previa afectaba a todo su núcleo familiar, no únicamente a su ex esposa o ex compañera sentimental. La gran mayoría aprenden formas de relacionarse que no impliquen violencia –implícita o explícita– en sus vínculos personales.

6.5. Protocolo para prevenir casos de discriminación y acoso sexual dentro de organizaciones de derechos humanos (México)⁶³

En México, el diseño y la gestión de protocolos para la prevención de la violencia de género en el espacio de trabajo y, en particular, en organizaciones de la sociedad civil, que incluyera un enfoque restaurativo, es un fenómeno reciente. La necesidad de desarrollar protocolos fue principalmente detonada por el impacto social de las denuncias públicas provenientes en el contexto generado por el movimiento *#MeToo* dentro del movimiento de derechos humanos y por la reflexión crítica de algunas organizaciones civiles sobre cómo prevenir y atender de una manera más eficaz el acoso y hostigamiento sexual y laboral en el interior de sus equipos.

Durante los años 2019 y 2020, ocho organizaciones de derechos humanos de la sociedad civil mexicana⁶⁴ se dieron a la tarea de realizar un proceso de investigación-acción participativa y de reflexión crítica en el seno de su cultura organizativa que dio como resultado la creación de un “Protocolo Modelo de Prevención y Actuación en casos de discriminación, acoso y hostigamiento sexual y laboral en organizaciones de la sociedad civil” (en adelante Protocolo Modelo).⁶⁵

El Protocolo Modelo fue diseñado para lograr una política integral contra la discriminación, el acoso y el hostigamiento sexual y laboral. Busca ante todo ser un terreno en común, un mapa para orientar

⁶³ Colaboración de Katia Ornelas, Directora de Ornelas Konsultant, y Christian Gruenberg, Director del Programa DETOX de Masculinidades, consultores integrantes del equipo de redacción del Protocolo Modelo.

⁶⁴ Ambulante, Artículo 19, Oficina para México y Centroamérica, EQUIS Justicia para las Mujeres, Fondo Semillas, Fundar. Centro de Análisis e Investigación, Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir, Red en Defensa de los Derechos Digitales, Servicios y Asesoría para la Paz.

⁶⁵ El Protocolo Modelo se encuentra disponible en: <https://indd.adobe.com/view/75607c14-a608-45cb-9c9b-dda61297215b>

a otras organizaciones sociales en México y en otras latitudes con contextos similares en la tarea de desarrollar sus propios protocolos, a partir de sus propias realidades y necesidades institucionales, promoviendo una cultura laboral restaurativa y transformativa.

Partiendo de la reflexión crítica sobre sus propios protocolos, normas y prácticas, así como sobre la historia, la cultura y el contexto social doméstico mexicano, el cual no puede concebirse de manera separada de la violencia asociada al crimen organizado, el alto número de feminicidios y los actos de violencia en contra de la comunidad LGBTIQ+, el grupo de organizaciones civiles retomó la experiencia comparada a nivel internacional de más de tres décadas de experimentación institucional en el diseño e implementación de políticas contra la discriminación, el acoso sexual y laboral.

De esta manera, el Protocolo Modelo cuenta con un diseño integral que incorpora buenas prácticas internacionales y locales, así como un conjunto de investigaciones académicas, resoluciones y convenios internacionales de derechos humanos que en la era post *#MeToo* muestran que las políticas contra el acoso sexual de los últimos treinta años han fracasado en tanto que no han logrado prevenirlo, mucho menos erradicarlo.

En concreto, el enfoque de JR se incorpora de manera transversal en tres niveles, debido a que cuenta con un potencial mayor al que tiene el enfoque punitivo para combatir el acoso y hostigamiento sexual y laboral en sus distintas manifestaciones.

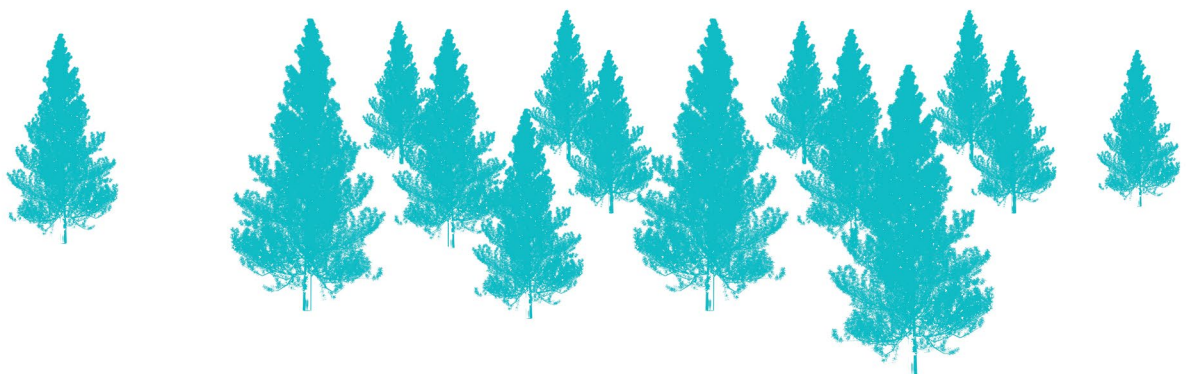
1. Desde la prevención. El enfoque y las prácticas restaurativas, como el círculo de paz, permiten que en los centros de trabajo se creen espacios de confianza y procesos de diálogo para abordar los entendimientos comunes de prácticas culturales que normalizan la violencia por razones de género, la discriminación, el racismo y otras temáticas relacionadas, que permitan la construcción colectiva de nuevos entendimientos y comunidades laborales co-responsables de la seguridad de todas y todos.
2. El procesamiento de casos mediante un procedimiento alternativo. El enfoque y las prácticas restaurativas promueven procesos centrados en las personas, particularmente las personas victimizadas y sus necesidades, y la responsabilidad de los actores, para atender las necesidades ocasionadas y reparar los daños causados, mediante procesos de diálogo y rendición de cuentas.
3. Para garantizar de manera más efectiva el involucramiento de la comunidad y la institución para lograr la no repetición y un cambio en la cultura hacia organizaciones más responsables y restaurativas.

Por su parte, el enfoque de la Justicia Transformativa se adopta para asegurar que en cada caso de acoso u hostigamiento sexual y laboral exista, por un lado: una co-responsabilidad y rendición de cuentas de parte de la institución y las personas a su cargo, de las prácticas culturales y políticas institucionales que contribuyan a mantener o fomentar las asimetrías de poder entre

las personas al interior de la organización. Por otro lado, para contribuir a que las políticas institucionales que se generen, provengan de procesos y sabiduría colectiva de las propias personas integrantes de la organización.

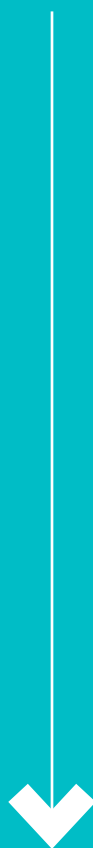
Si bien en México las mujeres cisgénero son quienes más sufren de estas situaciones, el Protocolo cuenta con un enfoque interseccional para visibilizar y reconocer a otros cuerpos e identidades, como las personas homosexuales, transgénero, queer, de origen indígena, entre otras, quienes también viven esas vejaciones en los lugares de trabajo.

La incorporación de los enfoques y los procesos de JR y Justicia Transformativa no excluyen de las responsabilidades administrativas, laborales y penales de parte de las organizaciones de denunciar la comisión de un delito, y no limitan el derecho de las víctimas de procesar situaciones de acoso u hostigamiento sexual o laboral ante las vías jurisdiccionales.



7

Conclusiones



Conclusiones

En este apartado se apunta una serie de cuestiones que se consideran importantes a la hora de pensar y elaborar propuestas para mejorar la respuesta que se está dando a los delitos e incidentes de odio y discriminación a partir del paradigma restaurativo entendido como modelo de justicia, pero también desde el enfoque restaurativo como mirada desde la que diseñar un acompañamiento adecuado para las personas y comunidades dañadas por estas violencias.

Una primera cuestión central tiene que ver con cómo se concibe en las políticas públicas y las leyes la violencia basada en el odio y los prejuicios. ¿Qué concepto consideramos que deberían incorporar? Según Iganski, los delitos de odio son un fenómeno sociocultural que ocurre no como incidentes aislados en la periferia de la sociedad, sino como parte de un proceso diario más amplio de marginalización de grupos minoritarios.

Así, si entendemos que los delitos e incidentes de odio son actos de violencia e intimidación dirigidos a personas o grupos de personas estigmatizadas, marginalizadas, históricamente discriminadas, actos que constituyen mecanismos de poder y opresión y pretenden reafirmar una jerarquía determinada como característica de un orden social, su abordaje necesariamente requiere algo más de lo que exige un delito común. Si asumimos que las desigualdades a las que remiten son producto de una discriminación estructural, que impregna todas nuestras instituciones, incluyendo las que tienen la obligación legal de garantizar derechos a las personas que la sufren (miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad, personal de la administración de la justicia,...), la respuesta que se les dé no puede obviar todo eso.

En este sentido, algunas de las prácticas restaurativas que hemos visto, especialmente las de América Latina en el marco de procesos de justicia transicional (los casos de Colombia y Guatemala), incluyen distintos mecanismos de abordaje de causas estructurales, de transformación real, con una dimensión de responsabilización institucional importante, que se relaciona con las garantías de no repetición (que son un derecho y la expectativa quizás más generalizable entre las víctimas). A esta cuestión nos hemos referido en el capítulo 5 al hablar del enfoque proactivo, que remite a una dimensión que puede tener sentido en relación con cualquier tipo de delito, pero resulta especialmente importante con respecto a aquellos que se originan en un problema histórico y estructural como la discriminación por causa de ciertas características personales.

Sin embargo, las prácticas restaurativas que mayoritariamente se están desarrollando en Europa se caracterizan por la participación de la víctima, el ofensor y, con una relativa frecuencia, miembros de la comunidad, pero no de representantes de las instituciones que pueden estar directa o indirectamente implicadas en la conducta dañina, ya sea por acción o por omisión (por agredir o por no haber protegido adecuadamente a quien ha sufrido la conducta dañina). Su implicación supondría reforzar el potencial de transformación estructural de las prácticas restaurativas, ampliando el alcance del cambio más allá de las personas más directamente involucradas en los procesos restaurativos.

La segunda cuestión que queremos destacar tiene que ver con las consecuencias de que, para abordar los daños provocados por el odio, la mayoría de países “occidentales” –y el estado español no es una excepción– hayan recurrido a las leyes, especialmente penales. En las últimas décadas, especialmente a partir de la adopción por el Consejo de la UE de la Decisión marco de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal, se han establecido en las legislaciones de los países europeos agravantes de las penas y/o se ha adoptado legislación específica con un claro mensaje de condena social de los delitos basados en el odio (Walters 2014: 56). Esta medida se ha justificado con diversos argumentos, incluyendo el de la previsible consecuencia de la existencia de ese marco legal en el sentido de promover e incrementar el registro y seguimiento de este “tipo” de delitos o incidentes específicos por parte de la administración de la justicia penal, lo cual constituye un primer paso para que pueda efectivamente darse una respuesta a ese nivel. Este efecto debería darse por lo menos en teoría, o quizás al cabo de años de disponer de tal legislación (como en Reino Unido, donde la adoptaron en 1998) y cuando ha podido incorporarse en la práctica diaria especialmente de la policía.

En muchos casos, las leyes y políticas públicas adoptadas dan respuesta tan solo a los delitos de odio –la punta del iceberg– pero no abordan todas esas otras conductas que no encajan en los tipos penales, lo que comporta que los incidentes motivados por odio y los daños que provocan en las personas y comunidades permanezcan ignorados.

Los incidentes de odio (conductas que pueden incluir abuso verbal, gestos de intimidación o amenaza, lanzamiento de objetos, entre otros), con frecuencia no encajan en los tipos penales y suelen ser percibidos como comportamientos antisociales de importancia “menor”. En cambio, tal y como señala Walters, si consideramos que esos incidentes “menores” habitualmente se repiten en un periodo de tiempo largo, se empiezan a apreciar los efectos devastadores que tienen. Precisa el autor que los delitos de odio racista (y por analogía otros delitos de odio) deberían entenderse como un proceso de victimización que resulta en una acumulación de daños sociales: las víctimas de este tipo de abuso tienen una experiencia de victimización como una parte de un *continuum* de desigualdad estructural construida por procesos culturales que, colectivamente, sustentan el clima general de antipatía hacia ciertos grupos minoritarios (Walters 2014: 20). Por ello, es necesario encontrar mecanismos de abordaje también para esos incidentes, de modo que las personas que los sufren sean también titulares de derechos y puedan acceder a los servicios y recursos que se establezcan para el abordaje del odio.

Pero es que, además, ahora que se cuenta con suficiente experiencia en los intentos de abordaje de los delitos de odio mediante la legislación penal, así como de estudios de satisfacción de las víctimas con los procedimientos penales, resulta clara la necesidad de dar opciones alternativas a dichas víctimas. Se han referido en varias ocasiones ya las razones que justifican esta afirmación: el que las denuncias sigan siendo escasas en proporción con el número de casos, las extremas dificultades de conseguir condenas que reconozcan el agravante de odio, las frecuentemente negativas consecuencias para las víctimas del proceso penal –revictimización, etc.–. Por lo demás, dicha legislación no consigue –tampoco lo pretende realmente– reparar los daños que causan los incidentes y delitos de odio, ni permite abordar las causas estructurales que los motivan.

A esto debemos sumar que, en nuestro contexto de Barcelona, y en el Estado español en general, hemos visto cómo se ha diluido el sentido que podía tener la legislación de reforzar una protección necesaria para personas de colectivos histórica y estructuralmente discriminados. Los conceptos de delito de odio e incitación al odio y la legislación correspondiente se han venido usando en casos que nada tienen que ver con el propósito de esas leyes, siendo quizás el más claro el que pretende aplicarlos a la protección de policías.

En definitiva, es necesario repensar y redefinir la forma actual de abordar las violencias por odio y discriminación de manera que: a) den respuesta a todas las conductas dañinas motivadas por odio y discriminación; b) consideren las especificidades de estas violencias, tanto en el tipo de daños que provocan como en las causas que las provocan; c) se ponga verdaderamente en el centro las necesidades y demandas de las personas y comunidades dañadas; d) se orienten a la reparación de los daños y a su no repetición.

Este documento pretende aportar elementos para nutrir las reflexiones sobre todas esas cuestiones, sobre la base de que, como dice Gavrielides (2010: 193), el paradigma restaurativo tiene “el potencial filosófico” de abordar delitos complejos y sensibles, como los de odio, cuyas víctimas viven un conjunto de efectos que pueden durar tiempo, incluso toda su vida. Efectos que incluyen el miedo, particularmente el miedo a que se repitan los ataques, enfado, depresión, estrés post-traumático y dolencias físicas, así como limitaciones o restricciones en sus estilos de vida y pérdidas económicas importantes.

Hemos visto que, si bien hay un consenso general sobre las bondades de la JR, no existe un acuerdo en cuanto a cuáles son específicamente, ni en términos de los fines que persigue (en general y en el marco del sistema de justicia penal de forma específica), ni tampoco sobre cómo debe incorporarse en el ordenamiento jurídico. En parte esto se debe a que, como apuntan Van Ness y Strong (2010: 41), con la JR sucede como con los términos “democracia” o “justicia”: la gente en general entiende lo que significan, aunque no pueda ponerse de acuerdo sobre una definición precisa; la JR es una idea compleja que no cesa de evolucionar. Actualmente, estamos ante un contexto de oportunidad, con la propuesta de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en curso, la adopción de la Ley de Igualdad en Catalunya y el posible escenario de que se retome también a nivel estatal la propuesta de legislación sobre igualdad y no discriminación.

El repaso de experiencias diversas de aplicación ha dado cuenta de la multiplicidad de posibilidades e incluso potencialidades de la JR, aunque a la vez debemos tener presente la advertencia de Walters (2014) tras décadas de estudio de experiencias prácticas: tampoco es la panacea. Y si se le asignan demasiados objetivos, el fracaso será mucho más probable. Por tanto, es necesario priorizar y, en ese ejercicio deben ocupar un lugar central los derechos, las necesidades y las demandas de las víctimas.

Bibliografía



Ayllón García, J. D (2019). *La Justicia Restaurativa en España y en otros ordenamientos jurídicos*, Ars Boni et Aequi, Año 15, N° 2.

Barona Vilar, S. (2019a), *La justicia restaurativa en España*, conferencia inaugural del Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa, Universidad Carlos III de Madrid, 21 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://media.uc3m.es/series/5be062e38f420842008b4580>

Barona Vilar, S. (2019b). "Mirada Restaurativa de la Justicia Penal en España, una bocanada de aire en la sociedad global líquida del miedo y la securitización", en Soletto, H. y Carrascosa, A. (coords.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Boyes-Watson, C. (2019) "Looking at the past of restorative justice". En: Gavrielides, T. (Ed.): *Routledge International Handbook of Restorative Justice*. Londres, Nueva York: Routledge.

Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) (2015). *Yo apporto la verdad. Acuerdos de contribución a la verdad y a la memoria histórica*. Bogotá: CNMH Disponible en: <http://centrodememoriahistorica.gov.co/wp-content/uploads/2020/01/Resumen-Yo-aporto.pdf>

Chamberlin, M. y González Marín, A. (2001). *Procuración de la Armonía. Justicia y Derechos Humanos en Chilón*. Chiapas, México: Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH).

Chapman, T. y Kremmel, K. (2018). "Community in Conflict in Intercultural Contexts and How Restorative Justice Can Respond", en Aertsen, I. (eds.), *Restoring Justice and Security in Intercultural Europe*. Abingdon, Oxon: Routledge.

Davis, F.(2017). *Little Book of Race and Restorative Justice: Black Lives, Healing and US Social Transformation*. New York: Good Books.

Dünkel, F. "Restorative Justice in Juvenile and adult criminal law: European Comparative aspects". En Fornasari, G. y Mattevi, E. (2019). *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione*. Quaderni della facoltà di Giurisprudenza N. 40. Università degli Studi di Trento.

Echeverry Rodríguez, V.; Juliana González Correa, L.; Pérez Morales, J.; Sánchez Vargas, P.; Tolosa Tovar, A. (2018). *Las prácticas restaurativas en el marco del acuerdo de paz con Las FARC: círculos de apoyo*. Colombia: Universidad Javeriana. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/43795?locale-attribute=pt>

Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial (ECAP) (2013). *Abriendo fronteras con el corazón. Guía para la aplicación del enfoque psicosocial en contextos migratorios*. Guatemala. Disponible en: <https://bibliotecasibe.ecosur.mx/sibe/book/000058023>

Francés Lecumberri, P. (2018). *La justicia restaurativa y el art. 15 del Estatuto de la víctima del delito ¿un modelo de justicia o un servicio para la víctima?* Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas Número 3. Zenbakia.

Gavrielides, T. (2010). "Restoring Relationships: Hate Crimes and Restorative Justice", en *European Best Practices of Restorative Justice in the criminal procedure. Conference Publication*. Budapest: Ministry of Justice and Law Enforcement.

- Giner Alegría, C. G. (2011). *Aproximación psicológica de la victimología*. Revista Derecho y Criminología. Disponible en: <http://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/573/Aproximaci%C3%B3n%20psicol%C3%B3gica%20a%20la%20victimolog%C3%ADa.%20C%C3%A9sar%20Augusto%20G%C3%ADner%20Alegr%C3%ADa%20.pdf?sequence=1>
- Gómez, N. (2009). *Florecer: Trabajo en Salud Mental con sobrevivientes de genocidio en el camino de la justicia*. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Cholsamaj.
- Gómez, N. (2009). *Peritaje Psicosocial por violaciones a derechos humanos*. Ciudad de Guatemala, Guatemala: F & G Editores.
- Gómez, N. (2009). *Plan de Sánchez: una aproximación a la estrategia psicojurídica*. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Opciones.
- González Cano, I. (2019). *Desarrollo de la justicia restaurativa: avances y amenazas*, conferencia del Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa, Universidad Carlos III de Madrid, 21 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://media.uc3m.es/video/5be0a2668f420864038b4582>
- Krug, E. y otros (eds.) (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- Mokleiv Nygård, H. y Ruiz Hiebra, P. (coord.) (2020). *Luces y sombras de la implementación del Acuerdo de Paz en Colombia*. Colombia: Instituto PRIO y PNUD Colombia. Disponible en: https://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/library/crisis_prevention_and_recovery/luces-y-sombras-de-la-implementacion-del-acuerdo-de-paz-en-colom.html
- OSCE/ODIHR (2020). *Understanding the Needs of Hate Crime Victims*. Disponible en: <https://www.osce.org/files/f/documents/0/5/463011.pdf>
- Oxfam México (2018). *La desigualdad en México*, en el marco del foro “México justo: propuestas de políticas públicas para la desigualdad”. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Eventos/Documents/Desigualdad-en-Mexico.pdf>
- Pranis, K. y Boyes-Watson, C. (2010). *Heart of Hope. A Guide for Using Peacemaking Circles to Develop Emotional Literacy, Promote Healing & Build Healthy Relationships*. EEUU: Ed. Living Justice Press.
- Rosales Pedrero, S.M. (2017). *La introducción de la justicia restaurativa en el sistema jurídico penal*. Fundación Internacional de Ciencias Penales. Disponible en: <https://ficip.es/wp-content/uploads/2017/03/Rosales-Pedrero.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>
- Rueda Guzmán, L.A. (coord.) (2015). *La Ley de Justicia y Paz y el Regreso a la Vida Civil Régimen de libertades, resocialización y reintegración de personas postuladas*. Bogotá, Colombia: Ministerio de Justicia y del Derecho. Disponible en: <https://www.minjusticia.gov.co/Sala-de-prensa/PublicacionesMinJusticia/Cartilla%20Justicia%20y%20Paz.pdf>
- Ruiz Sierra, J. (2018). *Breve aproximación a la justicia restaurativa en el sistema penal español. Recomendación CM/rec (2018)*. Noticias Jurídicas, 7 de febrero de 2020. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/14876-breve-aproximacion-a-la-justicia-restaurativa-en-el-sistema-penal-espanol-recomendacion-cm-rec-2018/>

Sánchez León, N.C.; Parra Vera, O. (2018). *Elementos para una Justicia de Paz Restaurativa*. Bogotá, Colombia: Ediciones USTA. Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/12636/Obracompleta.2018Sancheznelson.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Tamarit Sumalla, J.M. (2013). *Avaluació del programa de mediació penal d'adults del Departament de Justícia (Generalitat de Catalunya)*. Barcelona: CEJFE.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) (2020). *Manual de Programas de Justicia Restaurativa*. Segunda edición. Ginebra: UNODC. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_11/E-CN15-2002-05-Add1/E-CN15-2002-5-Add1_E.pdf

Valle, H. y Maltos, V. (2019). *Manual sobre Justicia Restaurativa y Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias*. Instituto Internacional de Derecho y Justicia Restaurativa. Disponible en: <https://documentcloud.adobe.com/link/track?uri=urn:aaid:scds:US:14318e53-f406-4ddc-9a81-f6ef2aa338dc>

Van Ness, D. y Heetderks, K. (2006). *Restoring justice. An introduction to restorative justice*. Cincinnati, Oh., USA: Ed. Anderson Publishing Co.

Van Ness, D.W., y Strong, K.H. (2010). *Restoring Justice – An Introduction to Restorative Justice*. Providence, NJ: LexisNexis Anderson Pub.

Wachtel, T. y B.; O'Connell, T. (2010). *Reuniones de Justicia Restaurativa*. Pennsylvania, EEUU: The Pipers Press.

Wachtel, T. (2013). *Definiendo qué es restaurativo*. IIRJ. Disponible en: <https://www.iirp.edu/pdf/Defining-Restorative-Spanish.pdf>

Walters, M. A. (2014). *Hate crime and Restorative Justice Exploring Causes, Repairing Harms*. Oxford: Oxford University Press.

Walters, M. A. "Repairing the harms of hate crime: towards a restorative justice approach?". En UNAFEI (2019). *Criminal Justice Response to Crimes Motivated by Intolerance and Discrimination*. Resource material series N.108, pp. 56-72. Disponible en: https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No108/No108_10_VE_Walters.pdf

Zher, H. (1990). *Changing Lenses: a New Focus for Crime and Justice*. Scottdale, PA.: Herald Press.

Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Intercourse, PA: Good Books.

