



Entramados de Paz y Justicia en los Sistemas Penales

Hilos desde la Justicia Restaurativa

DIRECCIÓN

Juan Manuel Almada y Gabriel Fava



Editores
del Sur

revista
pensamiento penal



Entramados de paz y justicia en los sistemas penales

Hilos desde la justicia restaurativa

Directores

Juan Manuel Almada y Gabriel Fava

Ivo Aertsen • Juan Manuel Almada • Mariana Cecilia Apalategui • Miguel Assis
• Eduardo Germán Bauché • Daniela Bolívar • Raúl Calvo Soler • Patricio
Marcelo Gandulfo • Antoine Garapon • Florencia Graziano • Diana Márquez •
Adrián N. Martín • Federico Medina • Celia Pasos • Barb Toews • Valeria Vegh
Weis • Gabriel M. A. Vitale • Gemma María Varona Martínez • Howard Zehr

Entramados de paz y justicia en los sistemas penales : hilos desde la justicia restaurativa / Valeria Vegh Weis ... [et al.] ; Director Juan Manuel Almada ; Gabriel Fava. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editores del Sur, 2024.

342 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-631-6518-40-8

1. Derecho. I. Vegh Weis, Valeria II. Almada, Juan Manuel, dir. III. Fava, Gabriel, dir.

CDD 345.43028



© 2024. Editores del Sur
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Consejo editorial: Leticia Lorenzo y Mauro Lopardo
Dirección editorial: Hernán Simkin
contacto@editoresdelsur.com

Diseño de tapa: Eduardo Argañarás
Impresión: Nueva Imagen

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones publicadas por Editores del Sur incumbe exclusivamente a los autores firmantes. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo y expreso del Editor.
Impreso en Argentina — *Printed in Argentina*



Contenido

Prólogo.....	9
Diana Márquez	

Palabras preliminares.....	13
Juan Almada y Carlos H. González Bellene	

HILOS DE JUSTICIA. NAVEGANDO EL LABERINTO HACIA LA PAZ

Sobre la paz y el <i>lus restaurandi</i>	19
Patricio Marcelo Gandulfo	

Legitimidad del derecho penal en contextos de exclusión y el rol de la justicia restaurativa	39
Juan Manuel Almada	

Las burocracias penales y su afinidad con el sistema inquisitivo. Un peligro latente para las prácticas restaurativas.....	77
Adrián N. Martín	

La Justicia atrapada entre el <i>ser</i> y el <i>tener</i>	117
Antoine Garapon	

Diálogos sobre justicia restaurativa. Entrevistas a Howard Zehr, Barb Toews, Gemma María Varona Martínez y Daniela Bolívar	149
---	-----

TEJIENDO VERDADES. EL ARTE DE LA JUSTICIA Y LA RESTAURACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Se buscan jueces	177
Agustín Eugenio Acuña	

Recalibrar la condición de víctima mediante la justicia restaurativa. Perspectivas desde Europa	179
Ivo Aertsen	

Restaurando derechos. Apuntes sobre abusos sexuales contra la infancia prescriptos y el derecho a la verdad	203
Gabriel M. A. Vitale	

PUENTES DE JUSTICIA. ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA PRÁCTICA RESTAURATIVA. DE LA CRÍTICA A LA ESPERANZA

Abusos sexuales en instituciones religiosas. Modelos de respuesta comparados	219
Ivo Aertsen	

¿Funcionan las cortes comunitarias para asegurar la justicia restaurativa? Observaciones de la experiencia en los Estados Unidos	261
Valeria Vegh Weis	

Sistemas de Justicia en Brasil. Nuevos Debates	277
Celia Pasos	

Construyendo redes en la justicia restaurativa. El desafío de superar la dicotomía Estado-sociedad civil	293
Diana Márquez y Miguel Assis	

Integración de la justicia restaurativa al proceso penal. Posibilidad de dar respuestas judiciales que sean legales y humanizantes ante situaciones críticas	303
Eduardo Germán Bauché y Mariana Cecilia Apalategui	

SEMILLAS DE CAMBIO. APUNTES PARA LA JUSTICIA JUVENIL

Prácticas restaurativas en el sistema penal juvenil argentino	311
Florencia Graziano y Federico Medina	

Apuntes para la práctica restaurativa en la justicia juvenil	329
Raúl Calvo Soler	

Prólogo

Nunca antes había sentido tan claramente la frase de Isaac Newton: “Si he visto más lejos, es porque estoy parado sobre los hombros de gigantes”. Al observar los grandes nombres que conforman el cuerpo de este libro, créanme que me tiemblan un poco las piernas. Prologar esta obra me emociona, pero no pierdo de vista que la responsabilidad es considerable.

Los objetivos y el compromiso social que compartimos quienes trabajamos por el surgimiento de la Justicia Restaurativa también son enormes. Debemos exponer nuestras ideas con cuidado y mesura, ya que su mera presencia podría generar rechazo en el entorno punitivista predominante, que de alguna manera intentamos cambiar. Queremos mostrar que hay nuevos caminos, abordajes y perspectivas para explorar. Sin embargo, debemos hacerlo con cautela. Es como despertar a un dragón dormido que cree tener todo bajo control. Al observar nuestro alrededor, el estado actual de las cosas indica que el cambio es urgente. Y para despertar a un dragón, no se requiere hacerle cosquillas, sino más bien tratarlo con mimo. Por eso, la responsabilidad es grande: creemos que tenemos buenas ideas para proponer e implementar, que generarán grandes cambios que la sociedad ni siquiera sabe que espera.

Considero que el cambio que estas ideas representan es un giro necesario en la forma de administrar justicia. Con orgullo, pertenezco a la asociación Víctimas por la Paz, compuesta por personas que hemos sufrido diversas agresiones, desde pequeñas hasta gravísimas, con grandes dosis de dolor, y que no buscamos el endurecimiento de las penas. Allí afirmamos que lo contrario de la inseguridad no es la seguridad, sino convivencia. Este es precisamente el efecto que creo que provocará el aumento de la aplicación de la Justicia Restaurativa en los procesos judiciales: una mejor convivencia, que debería ser el objetivo final de la Justicia como valor y como institución.

Qué maravillosa es la reflexión de hoy sobre la importancia de escribir un libro sobre Justicia Restaurativa. Esta obra abarca la facilitación del diálogo, el fortalecimiento de la comunidad, la observación del tejido social, nuestra contención mutua y el pensamiento más allá del individualismo cotidiano. Desde casi cualquier perspectiva, es una propuesta disruptiva. En un momento en el que se promueve la euforia de la automatización y las respuestas estandarizadas, nosotros proponemos valorar lo artesanal de la vida y la construcción artesanal de la Justicia ¿Estamos locas, locos o qué?

La idea de Justicia y su concepto de dar a cada uno lo que le corresponde, con todas sus definiciones históricas de equidad inclusiva aplicadas al individuo, es válida. Sin embargo, creemos que aún carece de ese sentimiento implícito propio de la Justicia Restaurativa: el de vincularse y relacionarse mejor. Cuando hablamos de este sentimiento implícito, utilizamos una palabra que frecuentemente se asocia con la Justicia Restaurativa y que puede sonar un poco cursi o esotérica: el amor, que actúa como un pegamento que cohesiona todo. Se necesita una mirada amorosa sobre los conflictos y las personas para explorar nuevas formas de resolución y acercamiento. Aunque puede dar cierta incomodidad usar esta palabra en estos contextos por temor a que le reste seriedad científica, personalmente creo que es un ingrediente esencial de nuestras vidas, y debería tener cabida en estas discusiones. Aunque solo sea como combustible, marco o guía. Tal vez lo hemos dejado de lado porque creemos que nos “ablandaría”, pero quizás eso es precisamente lo que necesitamos. El péndulo ha estado por mucho tiempo del lado de la dureza, y podría ser momento de permitirle oscilar hacia el otro lado. La dureza, que puede ser una zona de confort para muchos, no ha producido resultados prósperos.

A menudo se define la paz en términos negativos, como “la ausencia de guerra”. Traigo a colación esta referencia porque quiero definir la Justicia Restaurativa de manera positiva: como la presencia de amor, reconocimiento mutuo, responsabilización y armonía en las relaciones. La Justicia Restaurativa implica fomentar comunidad, pensar en redes y actuar con creatividad.

Con este libro y estos artículos, tomamos riesgos. Nos aventuramos a presentar ideas que, en algunos casos, pueden parecer hasta demenciales para la Justicia tradicional. En una época en la que, por lo menos en

gran parte de nuestra región, la seguridad se sigue entendiendo como “más armas, más patrulleros, más cárceles”, crear un libro sobre Justicia Restaurativa es una apuesta contracultural. Tomamos riesgos porque, aunque creemos que las ideas que proponemos son una alternativa que debe probarse, seguimos enfrentándonos al aparato cultural imperante. Y como ha ocurrido históricamente, hasta que el modelo antiguo, desgastado, obsoleto y probado ineficaz, deje de estar al mando, quienes proponemos reformas seguimos siendo los herejes a quienes se intenta acallar, ignorar o, peor aún, desacreditar. Nos consuela pensar que hombres como Galileo fueron parte de ese grupo.

Hasta ahora, los caminos tradicionales no han llevado a soluciones efectivas. Podemos apoyarnos tranquilamente en ese viejo dicho que afirma: “Si seguimos haciendo lo que estamos haciendo, seguiremos consiguiendo lo que estamos consiguiendo”. Borges, refiriéndose a Juan Crisóstomo Lafinur, mencionó que “le tocaron, como a todos los hombres, malos tiempos en que vivir”. Quizás siempre haya sido así, y los tiempos nunca sean ideales para nadie. Sin embargo, no por eso debemos dejar de intentar construir tiempos mejores. Personalmente, tengo esperanza: creo que es una cuestión de organización, de voluntad y, lo más difícil, de un cambio de perspectiva. Debemos seguir apostando por la creatividad, incorporar esa palabra que mencioné anteriormente en la conversación diaria, y quizá incluso redefinir conceptos de bien y mal. Avancemos en esa dirección.

Hoy parece que el mundo vive en esos malos tiempos que mencionó don Jorge Luis, pero un mundo guiado por el odio y la venganza lleva rumbo al desastre.

Todos y todas estamos en el mismo barco. Es hora de intentar un cambio de rumbo.

Gracias por esta obra.

Diana Márquez

Legitimidad del derecho penal en contextos de exclusión y el rol de la justicia restaurativa

JUAN MANUEL ALMADA*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años han incrementado los estudios académicos que examinan la conexión entre la exclusión política, económica y social y la capacidad del Estado para enjuiciar y penalizar a individuos en tales circunstancias.

En líneas generales, hay acuerdo en cuanto a que al evaluar comportamientos criminales y aplicar sanciones, es relevante considerar si la persona acusada se encuentra marginada de la sociedad a la que debería pertenecer. Sin embargo, las repercusiones de esta situación han sido analizadas desde diversas perspectivas, generando distintos resultados. Inicialmente, algunos expertos en derecho penal asociaban la exclusión con posibles justificaciones de conductas ilegales (como el estado de necesidad) o con circunstancias que podrían influir en el reproche efectuado (al imponer, por ejemplo, penas menos severas).

Otros autores, como Duff (2012 y 2015), Silva Sánchez (2018), Green (2020), Gargarella (2016), Cigüela Sola (2019 y 2024) o Beade (2019), sostienen, con distintos matices, que en determinadas situaciones la imposición de castigos a individuos excluidos está injustificada tanto moral como políticamente, ya que el Estado habría perdido su legitimidad

* Abogado (UNC). Magister en Derecho y Argumentación (UNC). Director de la Revista *Pensamiento Penal* y responsable del área de “derecho procesal y procesal penal”. Doctorando en derecho por la Universidad Austral Argentina. Coordinador de la Escuela de Capacitación Judicial Córdoba/La Rioja de la AMYFJN.

para juzgarlos por posibles delitos. Así, las desventajas sociales, políticas o económicas de una persona no solo influirían en la forma en que la Justicia evalúa las acciones, sino también en la capacidad misma de llevar adelante ese juicio de valor.

En este trabajo me propongo realizar, en primer lugar, una breve descripción de cuáles serían las condiciones necesarias para que el ejercicio del derecho penal sea legítimo y cómo la exclusión puede poner en entredicho esa legitimidad. Luego y, en segundo lugar, se explorará qué sucede cuando la intervención penal carece de justificación moral o política. Por último, se analizará específicamente por qué la justicia restaurativa es una respuesta razonable para el abordaje de estos casos.

II. CUANDO NO ES JUSTO QUE EL ESTADO CASTIGUE

Empezaré diciendo que la coerción –penal o de cualquier tipo– que el Estado ejerce sobre los ciudadanos estará justificada y será legítima, en la medida que podamos considerar a sus destinatarios como autores de las instituciones y las decisiones estatales (Seleme, 2010, 90). Siguiendo esta noción, Seleme (2010) estima que las personas, consideradas como agentes sensibles a razones, tienen el interés de dirigir sus vidas a partir de sus “propias consideraciones”, lo que significa ser “autores de sus propias vidas” (p. 90). En este sentido, Silva Sánchez nos recuerda que, para Kant, para quien el ciudadano “tiene la libertad de no obedecer ninguna otra ley más que aquellas a las que ha dado su consentimiento”, y que, según Rousseau, “la obediencia a la ley que uno mismo se ha prescripto, es libertad” (Silva Sánchez 2018, pp. 67-70).

Entonces, podríamos decir que las leyes o las decisiones de las instituciones de un Estado o de una determinada comunidad política¹,

1 En este trabajo se hace alusión a las herramientas o a las normas que tiene un Estado o que tiene una determinada comunidad política, de manera tal que podrían interpretarse ambos conceptos como sinónimos. En realidad, son conceptos que –dependiendo del contexto teórico o social– tienen una referencia total o parcialmente distinta. Sucede que los argumentos que aquí se plantean pueden ser aplicados tanto si hablamos de comunidad política como si hablamos de Estado. Con iguales argumentos, podemos ver cómo algunos autores hacen hincapié en el Estado, como puede ser Green (2020), Seleme (2010), Gargarella (2016), mientras que otros lo hacen en la comunidad política,

son legítimas en la medida en que fuera posible atribuir su autoría a los integrantes de esa comunidad². Así, se podría exigir, justificadamente, su cumplimiento. Una postura similar expone Duff (2015b) quien, centrando su análisis en el Derecho penal, nos explica que es una institución política que debe *pertenecer* a los ciudadanos a los que alcanza. El derecho penal debe ser, o al menos debe aspirar a ser, una herramienta que los miembros de la sociedad puedan identificar como propia, y no algo que les es impuesto. De esta forma, sería legítimo un derecho penal que se puedan imponer los unos a los otros como “miembros en pie de igualdad del sistema político” (Duff, 2015b, p. 30)³.

Ahora bien, si decimos que las instituciones estatales, y particularmente las penales, encuentran legitimidad cuando son aplicadas a sus *autores* o a los *ciudadanos de una comunidad política*, resultaría necesario poder precisar qué entendemos cuando hablamos de esas categorías ideales de personas. Podría decirse al respecto que el principal interés que las personas tendrían en tanto “autoras”, es el de participar del diseño de las instituciones estatales. La participación puede ser expresada en dos sentidos, el primero vinculado a “*tomar parte de las decisiones colectivas*” –que son las que definen de alguna manera las instituciones– y el otro, relacionado con la “*aceptación de las decisiones colectivas adoptadas*” (Seleme 2010, 92).

como Duff (2001). Más allá de eso, se priorizará el uso de la palabra “Estado”. Es importante destacar que también se utilizará el término Estado para abarcar la legitimidad del Poder Judicial, principalmente debido a que este Poder no es ajeno ni independiente respecto de las condiciones de legitimidad que debe reunir el Estado para realizar juicios de responsabilidad penal. En lo que sigue entonces, salvo aclaración en contrario, se asumirá que (usando este marco teórico) el Poder Judicial forma parte del Estado al que legítimamente se le pueden destinar las expectativas políticas que aquí se indican. También asumiré, salvo aclaración en contrario, que en algunos contextos puede usarse la expresión “Estado” para referir a la organización de una comunidad política y viceversa.

- 2 En palabras de Seleme: “Un esquema institucional estatal es legítimo, por tanto, cuando todos aquellos a quienes establece como destinatarios son sus autores. Dicho de otro modo, un esquema es legítimo cuando satisface las condiciones que permiten imputar su autoría a todos aquellos a quienes se aplica (2010, p. 90).
- 3 En palabras de Duff, si “el derecho penal pretende ser legítimamente democrático, debe ser un derecho que pertenezca a los ciudadanos del sistema político como ley suya: un derecho que ellos puedan ver como propio o del que puedan apropiarse” (Duff, 2015b, p. 35).

Cuando hablamos de “*tomar parte de las decisiones colectivas*” me refiero al derecho que tienen las personas de poder intervenir en la vida política de la comunidad y de sus instituciones. Implicaría la posibilidad de acceder a cargos públicos, de elegir representantes, de tener espacios en los cuales se puedan brindar opiniones que hagan a sus intereses libremente y que estas, inclusive, puedan ser tenidas en cuenta por los órganos decisores (Green, 2020, 400-401 y Duff, 2015b, 36). En ocasiones, se pone hincapié en el interés de reconocimiento que tendrían las personas en tanto autoras del Estado, como en la existencia de espacios políticos deliberativos (Seleme, 2010). En este último sentido, se ha llegado a decir que la efectiva participación y deliberación de los individuos en el proceso de sanción de las normas es lo que en definitiva legitima la intervención estatal (Cigüela Sola, 2019)⁴.

Por otro lado, “*aceptar la decisión colectiva*” implica, esencialmente, que esta no puede ser impuesta mediante la fuerza, sino debe contar con algún nivel de aprobación respecto de quien se aplica (Seleme, 2010). En este punto, no es posible justificar que un esquema institucional es aceptado por las personas si no se satisfacen determinados derechos que harían posible que sus miembros tengan la oportunidad de llevar adelante una vida decente o digna (Green 2020, 400), lo que incluye, por ejemplo, el derecho a trabajar, tener una educación, poder garantizarse los medios de subsistencia, protección de la salud, vivienda adecuada y a libertad de expresión, de conciencia, de reunión, de privacidad y otros por el estilo (Duff, 2015b, 35 y Green, 2020). Dentro de estas exigencias también se puede incorporar la necesidad de que el Estado provea niveles

4 Estas últimas exigencias vinculadas con la noción de democracia deliberativa, proponen justificar la legitimidad del Estado y de sus leyes, cuando las personas a las cuales se aplican han podido formar parte de los procesos de deliberación y sanción de las mismas. Según Silva Sánchez, “solo de esta manera es posible entenderlas, de acuerdo con Habermas, como “autoras racionales de esas normas” (2018, 71). En este sentido, será la existencia de espacios políticos deliberativos e inclusivos, que estén suficientemente generalizados, lo que permitirá una adecuada comprensión de las normas y en definitiva permitirá reputarlas como dadas por los ciudadanos a sí mismos (Cigüela Sola, 2019, pp. 399).

básicos de seguridad pública (Green, 2020, 400 y Orozco López, 2022) o la posibilidad de poder vivir seguro y en paz (Pawlik, 2020)⁵.

Debo decir en este punto que a la hora de pensar qué bienes o derechos son relevantes para aceptar que una persona está debidamente incluida en su comunidad en términos relevantes, la discusión no es unánime. Algunos autores como el caso de Orozco López⁶ solo exigen que las personas reciban la prestación estatal básica de protección de su esfera jurídica frente a agresiones de terceros. Para otros, la discusión es multidimensional (Cigüela Sola, 2024) y se compone de un abanico de complejidades, bienes y derechos. Lo cierto y concreto es que si pensamos en qué bienes o derechos hacen a que una persona esté debidamente incluida en su comunidad, la gran mayoría⁷ acuerda en que, para que una persona sea considerada miembro de la comunidad política o autora de las decisiones estatales, tiene que verse satisfecho cierto *mínimo de derechos políticos, civiles y sociales* con respecto a ella.

Sobre este punto creo que las múltiples consideraciones de corte social, político y moral presentes en los autores citados se encuentran incorporadas de hecho la mayoría de las Constituciones de cada Estado y en varios pactos y tratados internacionales. De esta manera, las consideraciones que se recorren no son solo abstracciones, sino que pueden identificarse en un plano normativo positivo concreto y ofrecen

- 5 Coca e Irarrázaval (2021) estudian la nacionalidad como un componente del vínculo político en su análisis del castigo proporcional dentro del sistema penal. Destacan que la nacionalidad, junto con los derechos civiles, políticos y sociales, contribuye a determinar la pertenencia a cierta comunidad. De conformidad a su propuesta, una fuerte nacionalidad implica derechos como la entrada y permanencia en el país, influyendo en la severidad del castigo: individuos con fuertes lazos de nacionalidad pueden recibir penas más severas, mientras que aquellos con vínculos más débiles, como residentes permanentes o turistas, podrían enfrentar sanciones menos severas.
- 6 Orozco López (2022, pp. 195) estudia el caso colombiano. Para el autor el ejercicio del Derecho penal sea considerado legítimo, es necesario y suficiente que sus destinatarios reciban la prestación estatal básica de protección de su esfera jurídica frente a agresiones de terceros. Esta perspectiva no exige, aunque sería deseable, la concurrencia de otras prestaciones de carácter positivo que caracterizan a un verdadero estado social de derecho, lo que él denomina protección negativa. Esto se diferencia de otros derechos de contenido social, que identifica como protecciones positivas.
- 7 Se podría profundizar este debate mediante la lectura de Rosetti (2010), Moreso-Martí (2006) y Gargarella (1999), Coca e Irarrázaval (2021), Cigüela Sola (2019 y 2024).

una buena reconstrucción del paradigma de Estado o comunidad política en cuestión y cuáles son sus exigencias de pertenencia. También es importante considerar que, a la hora de interpretar estos textos y los alcances de los derechos que allí se consagran, habrá que observar las particularidades que caracterizan una época y que la diferencian de otras, dado que estos fenómenos no son atemporales.

Lo relevante de todo es que, ante la ausencia de estos derechos básicos e indispensables, las instituciones penales, el Estado o la comunidad política, perderían la autoridad y la legitimidad para realizar reproches penales y en definitiva ejercer coerción penal.

En este sentido, se argumenta que una persona que fuera sistemáticamente excluida de participar en la vida política de la comunidad, sin tener oportunidades reales de hacer escuchar sus opiniones en aquellos lugares en los cuales se deciden los contenidos de las leyes y de las políticas públicas, que haya sido injustamente apartada de los derechos mínimos como el acceso a la alimentación, la vivienda o la salud, no es alguien que pueda ser considerada, razonablemente, como integrante de la comunidad política a la que parecería pertenecer. Esta persona o grupo de personas no ha sido tratada por el Estado o por las demás personas con el debido respeto que se merecería en su calidad de miembro de la sociedad. Y es aquí donde autores como Duff (2015a) se preguntan: ¿podría decirse que en estos casos las personas excluidas tienen la obligación de obedecer las leyes al igual que el resto? ¿Podría decirse que son sus leyes las que se les aplican? ¿Será que, si se las castiga por incumplir estas leyes, solo se incrementará la injusticia dirigida hacia ellas?

En respuesta, se suele explicar que un proceso penal que pretende seguirse en contra de una persona que ha sido sistemáticamente excluida, respecto de quien no se han garantizado los más mínimos derechos políticos, sociales o civiles, no está suficientemente justificado. En estos casos, el Estado habría perdido la autoridad moral y política para exigir penalmente, y por lo tanto la aplicación del derecho penal sería ilegítima. Al respecto, Gargarella refiere que “conviene pensar, entonces, en estas situaciones en las que amplias porciones de la sociedad cuentan con buenas razones para no considerarse, en un sentido relevante, como autoras del derecho penal” (2016, p. 133). Entiende el autor citado que estos casos encierran injusticias en las que el propio Estado, a través de

sus acciones u omisiones, es responsable de un modo decisivo, por lo que se hace “difícil seguir reconociendo en este la autoridad plena para ejercer reproches y sobre todo en la forma en la que quiere hacerlo” (2016, pp. 134). Desde una perspectiva similar, Duff (2015d) señala que:

«Si no tratamos a una persona o grupo con el respeto o la preocupación que se les debe como conciudadanos, podemos perder la posición moral para pedirles cuentas, juzgarlos o condenarlos por los males que cometen como ciudadanos» (pp. 192).

Lo expuesto no implica, bajo ningún concepto, decir que las acciones llevadas adelante por quienes no ven sus derechos básicos satisfechos se encuentren justificadas, aceptadas o excusadas, tema sobre lo cual volveremos más adelante. Solo interesa mostrar cómo los tribunales o los organismos acusadores no podrían iniciar con plena legitimidad moral y política un juicio penal y luego castigar a una persona, si esta ha sido marginada y excluida de la comunidad política a la que debería pertenecer.

En la génesis de estas ideas, se tiene en cuenta que si bien los aspectos individuales son indispensables a la hora de responsabilizar, las relaciones humanas constituyen los cimientos del reproche⁸. Cuando decimos que una persona es responsable de un hecho, a modo de ejemplo⁹, lo que hacemos es reprochar cierta incorrección en su actuar. Con distintos matices, Duff (2015c), Scanlon o Strawson explican que esta incorrección depende, sustancialmente, de las indignaciones o sentimientos que nos genere el hecho a responsabilizar (Strawson, 2008) o de las expectativas, las intenciones y las actitudes que las personas tengan unas con otras (Scanlon, 2013, pp. 174-175). Bajo este criterio, la responsabilidad se define no solo en función de las circunstancias propias de los individuos –ya sea de su capacidad o su relación con la situación reprochada–, sino del modo en que nos vemos unos a otros dentro de la comunidad y de nuestras relaciones interpersonales.

⁸ Según Scanlon, “culpar a una persona por una acción, según mi teoría, es asumir que la acción indica algo sobre la persona que daña la relación que establecemos con él o ella, haciendo que entendamos la relación de un modo que refleja ese daño” (2013, pp. 163-164).

⁹ Podríamos reprochar no solo hechos, sino también –entre otras posibilidades- caracteres, sentimientos o pensamientos etc. Para una noción más amplia de esta idea, recomiendo ver el capítulo 3 de Duff (2007).

Así, la responsabilidad penal es entendida de modo relacional. Esto significa que una persona no solo es culpable de un delito, sino que lo es frente a alguien que la juzga (Duff, 2012, pp. 156). Cuando concluimos que el Estado ha perdido la legitimidad moral y política para formular juicios penales, lo que se cuestiona es justamente la autoridad de quien juzga (Duff, 2001 y 2012, Cigüela Sola, 2018 o Green, 2020).

Lo que sucede en estos casos es que, aunque la persona excluida haya cometido el hecho que se le imputa, la autoridad estatal no está en condiciones de hacerla responsable por ello. Para Cigüela Sola (2018, pp. 337-339), citando a Roxin (1997), en estos casos, los intereses penales en sentido estricto deben ceder frente a otros extrapenales, relacionados con las necesidades del conjunto de la sociedad. De esta manera, la pretensión punitiva del Estado debería cesar, y al caso no podría asignársele la consecuencia jurídica prevista –generalmente, el castigo penal–.

Una de las principales preguntas que habría que hacerse tras sostener que es posible que el Estado pierda legitimidad para ejercer coerción penal ante casos de exclusión, es si esta situación afecta a todas las conductas delictivas por igual, o si cabría hacer distinciones en razón del tipo de delito cometido. Frente a esta postura, cierta doctrina (Duff, 2007; Cigüela Sola, 2019 y 2024; Green, 2015 o Silva Sánchez, 2018) entiende que, tras asumir que el Derecho Penal puede ver erosionada su legitimidad a la hora castigar a personas excluidas, tal situación afecta de manera distinta a los delitos. Aunque las categorías y los argumentos utilizados difieren según de quién se trate, en este punto generalmente se distinguen dos clases de delitos: a) Aquellos cuya punición se justifica a partir de cierto vínculo que la persona tiene con la comunidad política o con el Estado al que pertenece; y b) los que no dependen de ese vínculo, ya que su sanción encuentra razones en la protección de obligaciones básicas –y hasta naturales– que nos debemos en razón de nuestra humanidad. La falta de autoridad moral y política afectaría el vínculo que une a la persona con el Estado y por lo tanto solo impediría el castigo de la primera categoría de delitos, no así de la segunda¹⁰.

¹⁰ Numerosos autores sostienen que los delitos podrían clasificarse en *mala in se* y *mala prohibita*, distinción que depende, en cierta medida, de las razones que tenemos para criminalizar conductas. De acuerdo con Duff (2007), habría dos caminos cuando se decide prohibir una determinada acción. Uno de ellos tendría inicio en la incorrección:

La noción de deberes naturales es criticada. Para Irarrázaval Zaldívar (2021, pp. 144-145) la categoría de delitos *mala in se* es problemática debido a la falta de un “estándar de valores mínimos universales” derivado de las diferencias filosóficas y jurídicas entre sistemas legales, como aquellas en torno al inicio de la vida o el derecho a decidir sobre ella. Estas discrepancias hacen que la simple aceptación de un valor común sea ineficaz si sus límites son controvertidos. A una postura parecida parece llegar Pawlik (2021, pp. 152) al decir que el modelo de derecho natural opera con la idea de un orden normativo flotante, nombrando como ejecutores precisamente a aquellos Estados cuyo aspecto real tiene poco que ver con la justicia superior que pretenden imponer. Según su criterio, tal construcción invita al abuso ideológico.

En lo personal, pienso que, aunque la discusión sobre cómo clasificar los recursos y derechos naturales, esenciales o básicos puede llegar a ser interesante, no es directamente relevante al considerar la autoridad del Estado para llevar a cabo juicios penales ni sus consecuencias. Esto se debe a que la legitimidad del Estado no debería depender de la distinción entre obligaciones naturales o adquiridas, sino más bien de la adecuada conexión entre el delito y la exclusión social o política en cuestión. Es posible que, en el caso de un delito grave cometido por una persona marginada, el Estado conserve su autoridad moral o política para imponer castigos penales, ya que sería complicado argumentar que ciertas injusticias sociales están vinculadas a delitos extremadamente dañinos¹¹.

el derecho penal ha de preguntarse respecto de conductas que son incorrectas en la comunidad, si esa incorrección debiera ser considerada asunto del Estado y si amerita una condena pública. En caso afirmativo, estaríamos ante un potencial delito *mala in se*. El otro camino se pregunta por las razones que tendríamos para regular alguna clase particular de conductas, que no dependen de lo correcto o incorrecto de esa acción. Tenemos buenas razones para definir los sentidos de las calles con el objeto de optimizar el tráfico. No se podría decir que ir en uno u otro sentido fuera incorrecto antes de su regulación. Sin embargo, a partir de que la ley define una determinada dirección de la calle, surge el deber de respetarla y pasa a ser incorrecto transitar en sentido contrario. Este es el caso de los delitos *mala prohibita*. Stuart Green (2015) nos ofrece una particular manera de estudiar esta clasificación de delitos, al entenderlos como una escala relacionada con el vínculo que existe entre un acto que es legalmente prohibido y su incorrección moral.

11 En favor de esta postura, podría decirse que la distinción entre deberes naturales y adquiridos (entre delitos *mala in se* y *mala prohibita*) no es siempre sencilla de establecer

De esta manera, sería poco factible que la falta de algunos derechos sociales mínimos e indispensables, como el acceso a una vivienda digna, puedan relacionarse con un delito como el de violación. Allí, donde no exista conexión objetiva entre la acción delictiva y la exclusión, no habrá pérdida de legitimidad¹².

Para llegar a esta última conclusión debo decir que tanto la legitimidad como la exclusión son cuestiones de grados (Dworkin, 2014). En efecto, en nuestras realidades sociales y políticas se hace difícil adoptar una concepción binaria entre ciudadanos plenos y no ciudadanos (Coca e Irarrázaval, 2021, pp. 2)¹³. En un sentido similar parecen expresarse Pawlik para quien la realidad social presenta una serie de graduaciones entre los incluidos y los excluidos (2022, pp. 151) y Orozco López al decir que nos encontramos ante elementos de naturaleza graduable como característica

en el caso concreto (Green, 2015). Sentado ello, es factible encontrar algunos delitos que podrían catalogarse como *mala prohibita*, pero que no se vinculen con la exclusión que sufre una determinada persona. En estos casos sería poco razonable justificar que el Estado ha perdido su legitimidad para reprocharlos penalmente. En un sentido similar, habría delitos *mala in se* que podrían vincularse directamente con la ausencia de ciertos derechos básicos e indispensables, razón por la cual la autoridad moral o política del Estado podría estar cuestionada.

¹² Sobre este punto, creo que hay varios argumentos que son analizados desde la filosofía moral, que en realidad sirven para dar cuenta de la relación entre la exclusión y la legitimidad del reproche. Cigüela Sola (2019) los trata como déficits de tipo moral, siendo entre otros el de la hipocresía, la complicidad, el empeoramiento, la selectividad y el comportamiento contradictorio. Posteriormente en un trabajo publicado recientemente (2024) el autor español muestra la dificultad que plantean algunos de estos argumentos como el de la hipocresía, para establecer el vínculo entre la exclusión y la autoridad estatal para reclamar. A pesar de todo, creo que, si hay algo que caracteriza, en el fondo, a todos y cada uno de los ejemplos que se dan cuando hablamos de estos temas es el vínculo o lazo, objetivo, entre la injusticia política, civil o social a la que está sometida una persona y la posibilidad de reprocharle penalmente conductas de manera justificada. Los casos brindados y estudiados por Gustavo Beade (2019), Berrotarán (2020) o Green (2020), entre muchos otros, reflejan esta intuición.

¹³ Probablemente sean Coca e Irarrázaval (2021) quienes efectúen el mayor esfuerzo argumentativo en mostrar como la exclusión y la pertenencia a una ciudadanía es una cuestión de grados. A partir de esta idea explican que existen categorías ideales en relación con la ciudadanía y su vínculo con el derecho pena, como por ejemplo el caso del Ciudadano Pleno o el Semiciudadano Mínimo. Para los autores la respuesta frente al delito y la legitimidad en definitiva del reproche, dependerán de la categoría en la que estos ciudadanos se encuentren.

básica (2022), perspectiva que me parece compatible con la naturaleza multidimensional a la que refiere Cigüela Sola (2024).

Así las cosas, a modo de resumen, vale afirmar que:

- a) Habría ciertas condiciones que hacen a la legitimidad del Estado para reclamar y castigar penalmente la comisión de determinados delitos.
- b) A su vez: cuando estas condiciones no se satisfacen, la legitimidad se pierde. Esta es una cuestión que no es dicotómica, por lo que la legitimidad y los derechos se pierden y adquieren gradualmente, lo que implica que, a mayor exclusión, menos justificado está el reproche.
- c) Perder la legitimidad para juzgar algunos delitos no implica perderla para todos los delitos.
- d) La existencia de autoridad moral o política habrá de ser observada en el caso concreto y dependerá de la relación que exista entre el delito cometido y la situación de exclusión que enfrenta la persona acusada.

3. BREVE RESUMEN DE LAS PROPUESTAS DEL DERECHO PENAL FRENTE A LA EXCLUSIÓN

Perder la autoridad para responsabilizar no justifica ni legaliza las conductas penales cometidas por excluidos. Solo se ha argumentado de qué manera el Estado ha perdido su posibilidad de juzgar y castigar estas acciones, y por lo tanto la imposición de castigos estaría indebidamente justificada en términos morales o políticos. A partir de ahora, sería importante considerar cuáles serían las consecuencias prácticas del estudio realizado hasta aquí.

Al profundizar en el tema, podemos decir que las soluciones que se han brindado a la hora de pensar cómo afectan algunos contextos de exclusión (principalmente frente a casos de marginalidad y vulnerabilidad) a los juicios penales han cambiado significativamente a lo largo de los años.¹⁴ Podrían agruparse según: a) observen a la exclusión como causal

¹⁴ Debo destacar que la obra de Cigüela Sola: *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, presenta un acabado resumen de la manera en la que,

de inimputabilidad; b) vean a la exclusión como mecanismo de justificación de las acciones, bajo el principio de *estado de necesidad*; c) pongan el foco en el sujeto traído al proceso penal y en la imposibilidad de formular juicios de valor adecuados –*de reprochar*– sobre sus conductas, dado el particular contexto de exclusión en el que vive. Dentro de este último supuesto, encontraríamos el caso d) en que la exclusión afecta los juicios de valor, pero solo atenuándolos, como es el caso de la imposición de penas más leves.

En primer lugar, las perspectivas que ponen el eje en a) la imputabilidad o en b) el estado de necesidad han de resultar menos atractivas que las que lo hacen en forma de eximente de reproche. Tal estipulación se debe principalmente a que el estado de necesidad y la inimputabilidad son generalmente aplicables a casos de extrema pobreza y marginalidad, cuando las cuestiones que tienen que ver con exclusiones y derecho penal son mucho más amplias y presentan un sinfín de posibilidades empíricas. A su vez, los argumentos brindados para sostener la inimputabilidad y el estado de necesidad no cuestionan de ninguna manera la legitimidad institucional o estatal en la persecución penal. Por el contrario, continúan centrándose en un plano estrictamente individual y alejado de las instancias de imputación y de las razones que hacen a la autoridad política o moral del Estado (Cigüela Sola, 2019 y Zehr, 2005). Por último, es importante señalar que las propuestas que proponen la inimputabilidad del excluido sostienen cierto determinismo psicológico o social que anula la voluntad y las decisiones que toman las personas. Es un hecho irrefutable que las personas excluidas están condicionadas por su entorno, pero en la gran mayoría de casos esto no debería anular las decisiones que toman (Zehr, 2005).

En segundo lugar, pocos temas han generado tanto debate en la doctrina penal como la cuestión de la “culpabilidad”.¹⁵ Sin entrar en detalles, solo diremos que aquellas respuestas penales que enfocan su atención en la manera en que los entornos político-civiles que atraviesan

históricamente, el derecho penal valoró la exclusión a la hora de castigar. Su lectura resulta obligatoria para quien se propone analizar estos temas.

¹⁵ Para profundizar en estos debates se puede ver Freudenthal (2012) o Bagnat (2020).

las personas excluidas condicionan el juicio normativo¹⁶ o el reproche que el Estado pretende realizar, son más atractivas que las opciones a) y b) y permiten un mejor abordaje del tema. Estas soluciones suelen plantearse como: c) casos de error –vencible o invencible¹⁷– o de inevitabilidad de la conducta, o d) casos en los que se imponen penas más leves.¹⁸ Aun así, hay razones de peso que vale la pena resaltar y que hacen que este tipo de propuestas sigan siendo inadecuadas. Veamos:

1) Afirmar que la exclusión que sufre una persona impide reprocharle la comisión de un delito, no puede implicar el desconocimiento que en ese caso concreto se ha realizado una conducta ilegal y que existen razones que exigían su criminalización. Por tal motivo, la acción cometida necesita algún tipo de respuesta, de lo contrario, el delito podría quedar impune y esto no es deseable ni beneficioso. No es deseable, porque la conducta ilegal puede llegar a dañar a otros, que legítimamente deberían poder reclamar al menos la reparación del perjuicio recibido. No es beneficioso debido a que, tal como indica Gargarella (2016), la mera devolución sin más del individuo infractor *a la calle* no solo implica reiniciar el ciclo represivo y de exclusión, sino que no ayuda a ponerle término. Así las cosas, la sola eximición de culpa o sanción del excluido¹⁹ no da cuenta de esta necesidad. Aunque una conducta no merezca ser reprochada o castigada, ello no es lo mismo que decir que la conducta deba ser tolerada o aceptada por la sociedad.

16 Hablamos de juicios normativos en la medida que lo hace Roxin, para quien “el sistema del delito no se puede basar en un concepto de culpabilidad psicológico, sino valorativo (normativo)” (1976, p. 200).

17 Zaffaroni sostiene que si el error de prohibición es invencible elimina la culpabilidad del injusto y si es vencible solo puede tener el efecto de atenuar el grado de culpabilidad del mismo (2006, p. 413).

18 En estos casos se ha indicado que la culpabilidad debería servir de principio para la medida de la pena, e incluso se ha llegado a afirmar que la individualización de la pena no es otra cosa más que la expresión de la culpabilidad en unidades de pena (Ziffer, 1996, p. 59). Esta parece ser la solución a la que arriban Coca e Irarrazaval (2021) para los casos de pérdida de legitimidad gradual.

19 En este sentido, podríamos observar, a modo de ejemplo, la propuesta de Silva Sánchez (2018) para quien “la consecuencia jurídica de un delito no natural cometido por un indigente en el marco de un Estado claramente desprotector no puede ir más allá de la manifestación simbólica de su injusto culpable” (p. 111).

2) Las respuestas c y d no dan cuenta de la obligación que tiene el Estado de enmendar, en la medida de lo posible, la exclusión de la persona acusada. Si no estaba al tanto con anterioridad, el Estado debió tomar conocimiento de la situación de marginalidad o exclusión concomitantemente con el conocimiento del delito que ha sido cometido. El punto que aquí se pretende incorporar es que frente a la particular situación de insatisfacción de derechos básicos, el Estado no solo no podría castigar al excluido, sino que debería brindar alguna respuesta que repare, de acuerdo con las posibilidades²⁰, la vulneración sufrida. Tal exigencia resulta compatible con el deber que Seleme (2016 y 2010) entiende que tienen las personas que sí se encuentran adecuadamente incluidas en la sociedad de mejorar las condiciones políticas, sociales o civiles de quienes no lo están. En sus palabras, “la imposición de un esquema institucional ilegítimo engendra en quienes tienen la posibilidad de participar políticamente –porque son puestos por el esquema institucional en el rol de autor– el deber de garantizar dicha posibilidad a todos a quienes se aplica (2010, p. 98). En un sentido similar se expresa Duff (2012), quien refiere que “si vamos a reclamar el derecho a juzgarlas (además de intentar remediar esas injusticias sociales) debemos encontrar la forma de responder ante ellos por los males que han sufrido de nuestras manos... Del mismo modo que los emplazamos a que nos respondan por los ilícitos que ellos han cometido (p. 155-156).

En sintonía con lo dicho, Pawlik refiere que la respuesta ante situaciones de exclusión, debe considerar a estas personas como conciudadanos cuya personalidad jurídica debe ser respetada y cuya inclusión debe ser buscada (2021, p.155).

3) Cuando una persona excluida, a la que no podemos considerar razonablemente autora de las instituciones estatales o miembro de la que debería ser su comunidad política, comete un delito, es probable que los

²⁰ Cuando se hace alusión a la expresión “de acuerdo con sus posibilidades” o “en la medida de lo posible”, no se pretende justificar la omisión del Estado en garantizar ciertos derechos básicos que generalmente integran los textos constitucionales, solo que, a decir de Dworkin (2014, p. 393), “el juicio interpretativo debe ser sensible a la época y el lugar”. En ese sentido, el criterio de posibilidades va a depender de cada sociedad, su situación económica y el desarrollo político e institución del Estado (Cigüela Sola, 2019, p. 402).

demás sufran algún tipo de daño. Como consecuencia, si la respuesta estatal solo se dedica a determinar que no se la puede culpar por ello o lo hace en forma atenuada, corremos el riesgo cierto de que sea visto el vulnerable como un extraño que atenta contra los valores de la comunidad a la que las personas ofendidas pertenecen. Incluso puede pasar, y no es infrecuente que suceda en el discurso público punitivo, que se catalogue a esta persona materialmente excluida como un enemigo de estos valores.²¹ Allí surge la necesidad de encontrar respuestas que concilien ese daño con la situación de postergación del infractor.

4) Las respuestas que solo plantean la inexigibilidad de la conducta (c), difícilmente sean capaces de valorar adecuadamente la situación de la víctima y las necesidades que ella puede llegar a tener con motivo del delito. Perder la legitimidad para responsabilizar y sancionar penalmente debería implicar también la incapacidad de exigir al infractor la reparación del daño, por lo que quizá deba ser el Estado el principal obligado a intentar garantizar el resarcimiento de las víctimas. Todo dependerá, en definitiva, del proceso a través del cual se procure reparar la ofensa penal recibida, de qué tipo de compensaciones estamos hablando y de qué manera se contemplen las propias necesidades del excluido.

5) Hablar de eximir a alguien de culpa o castigo implica generalmente asumir posiciones más bien dicotómicas. En estos casos, si el reproche es merecido o no, o está correctamente legitimado o no. Sin embargo, y exceptuando la situación de exclusión extrema (tema que se verá más adelante), las personas no están siempre excluidas o incluidas en su sociedad, sino que —como se vio más arriba— tal situación se presenta con distintos matices, de manera tal que la legitimidad del Estado es una cuestión de grados. De esta forma, la respuesta que se brinde cuando se aplica derecho penal a personas vulnerables debe contener esta noción de gradualidad o relatividad. Si bien es cierto que tener en cuenta los contextos políticos y sociales en la individualización de la pena (d) puede ayudar a entender la graduación o relatividad de las exclusiones —es decir, que a mayor vulnerabilidad corresponde una menor culpabilidad y, en consecuencia, una sanción más reducida—, la realidad es que

21 En un sentido similar se expresa Cigüela Sola (2019).

estos procesos terminan, en última instancia, en el castigo. Así, no solo no da cuenta de la obligación que se tiene de mejorar las condiciones políticas, civiles o sociales de la persona a condenar, sino que se continúa administrando sanciones penales. Aunque el reproche se vea atenuado, lo sigue ejerciendo quien no tendría toda legitimidad para hacerlo y por lo tanto sigue sin estar debidamente justificado en términos políticos y morales.

Llegado a este punto podemos decir que frente a una situación de exclusión que deslegitime al Estado en su empresa del derecho penal, la respuesta que se brinde debería contener consideraciones sobre, al menos, estas tres dimensiones: 1) de qué se trata la situación de exclusión, cuál es su alcance y de qué manera se puede comenzar a revertir; 2) cuáles fueron los motivos por los cuales se decidió criminalizar este tipo de conducta y qué puede hacerse de forma efectiva para, a partir de este precedente, procurar la prevención de estas acciones; 3) examinar la situación de la víctima, pues debe pensarse de qué manera se la contiene luego de sufrir el delito y en caso de que exija reparación, determinarse la forma en la que esta ha de llevarse adelante.

4. LA SOLUCIÓN RESTAURATIVA. PENSAR EL PROCESO PENAL DESDE UNA MIRADA NO PUNITIVA

En este trabajo propondré la idea de que la justicia restaurativa es una solución razonable cuando estamos evaluando delitos cometidos por personas excluidas. Pero ¿qué es justicia restaurativa? Definirla no es sencillo. Se ha dicho que “no es extraño encontrar múltiples referencias a la gran disparidad de propuestas que constituyen el discurso restaurativo” (Calvo Soler, 2018, p. 35), o que en el mejor de los casos la justicia restaurativa es “solamente una brújula apuntando hacia una dirección, no un mapa detallado que describe cómo llegar” (Zehr, 2005, p. 257). Trataremos entonces de precisar hacia dónde apunta la brújula.

De acuerdo con Howard Zehr, la justicia restaurativa podría ser definida como “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” (Zehr, 2007, p. 257). Así, y siguiendo al autor citado, la justicia restaurativa se centraría en los siguientes principios: a) el crimen se define como un acto dañino contra las personas y las relaciones interpersonales; b) las ofensas conllevan obligaciones; c) la obligación principal es la de reparar el daño causado.

A partir de lo expuesto, podríamos ver algunas características del proceso restaurativo. En primer lugar, y quizá lo más importante, es que allí donde los procesos retributivos o tradicionales suelen observar una violación a la ley penal, la justicia restaurativa ve ofensas que dañan personas y comunidades. Antes que conocer en detalle quién es el culpable del delito establecido por la norma penal, interesa saber quién es la víctima de ese delito, qué le ha sucedido, cuáles son sus necesidades a partir del acto lesivo y cómo es posible reparar la ofensa que recibió. De la misma manera, es importante saber quién es el victimario, no para infligir dolor en la medida de su acción a modo de castigo, sino para que pueda entender lo problemático de su conducta, comprender el daño que ha ocasionado y sienta la obligación de repararlo. Además de ello, es común que la ofensa no solo traiga problemas a la víctima sino también a sus allegados y a la comunidad²² en la que desarrolla su vida. De la misma manera, los delitos también suelen generar problemas hacia el interior de la familia del victimario, sus allegados y amigos. Una respuesta restaurativa debe también contemplar las inquietudes de quienes, sin ser víctimas u ofensores, se ven afectados por la acción delictiva (en este punto ver Aertsen, 2017; Calvo Soler, 2018; Jhonston, 2002 y Zher, 2007).

Dejar de entender los delitos como conductas que solo han transgredido una ley para pasar a verlos como acciones que han dañado a alguien implica observar con mayor detenimiento al conflicto que generalmente subyace a la acción ilegal (Aertsen, 2017 y Calvo Soler, 2018). Aunque la idea de

²² Debemos marcar que, cuando hablamos de comunidad en un sentido restaurativo, lo hacemos de un modo diferente a cuando nos referimos a la comunidad política como sinónimo de Estado. Tal como veremos, por comunidad en un sentido restaurativo nos referimos al conjunto de personas afectadas o que puedan tener un interés en ocasión de cometerse un delito. En este sentido, hacemos referencia a familiares y amigos de la víctima y del victimario, las personas allegadas a ellos y vecinos, miembros de la policía, operadores judiciales y penitenciarios, entre otros actores.

conflicto puede llegar a tener algunas complicaciones conceptuales²³, su estudio debería contemplar al menos: a) la particular situación en la cual la víctima y el victimario se encontraban al momento en el que se realizó la conducta delictiva, para lo cual resulta indispensable observar los contextos sociales, políticos o económicos en los que se ha desarrollado la acción ilegal; y b) la particular situación en la cual la víctima y el victimario se encuentran en el momento actual. El estudio del conflicto se realiza en aras a superarlo o pacificarlo, razón por la cual su análisis no solo es retrospectivo (característica propia de los procesos penales tradicionales), sino principalmente prospectivo.

Aquí se vislumbra otro de los puntos de relevancia para la justicia restaurativa: la *participación*. De acuerdo con sus exponentes, para poder superar el conflicto, las prácticas restaurativas²⁴ necesitan que participen de modo directo y activo la víctima –en la búsqueda de la superación de las dificultades y las necesidades surgidas con motivo de la acción

23 De acuerdo con Calvo Soler (2014), se puede decir que existen tres grandes teorías a partir de las cuales definir el conflicto. Primero se encuentran aquellas que hacen hincapié en las propiedades del individuo, para las cuales el conflicto es visto como una “oposición de elementos psíquicos” (p. 35), como pueden ser los deseos, creencias, sensaciones, etc., que se “manifiestan externamente como síntomas o problemas de conducta” (p. 34). Así, cuando vemos un conflicto entre dos personas, este sería una manifestación o expresión del conflicto que cada una tiene internamente (Calvo Soler, 2014). En este sentido, el conflicto no requiere de otro para su constitución y es siempre intrapersonal. Por otro lado, las teorías estructurales son aquellas que ponen el acento en la interpersonalidad del conflicto. Este no surge con motivo de la personalidad del individuo sino en su “inserción en un contexto social configurado a partir de unas determinadas estructuras” (Calvo Soler, 2014). Por último, las teorías de los procesos de interacción estudian al conflicto como una relación que surge a partir de ciertos procesos de interacción, interdependencia e incompatibilidad.

24 Las principales categorías de programas son: (a) mediación entre víctima y delincuente; (b) comunidad y conferencias de grupos familiares; (c) sentencias en círculos; (d) círculos promotores de paz; y (e) libertad condicional reparativa y juntas y paneles comunitarios (Oficina ONU Contra la droga y el delito, 2006). De acuerdo con Howard Zehr (2007 y 2005) dentro de las prácticas restaurativas hay tres modelos dominantes: 1) Conferencias víctima-ofensor: en las que se trabaja individualmente con cada una de las partes, para luego realizar un encuentro entre ellas. Aquí se procura que el infractor tome conciencia de lo ocurrido, conozca el daño causado y proponga una solución o forma de reparación; 2) Conferencias familiares: Aquí intervienen más participantes que en el modelo anterior, por lo que se apela a familiares o personas que sean importantes para las partes directamente involucradas.

delictiva— y el victimario, respecto de quien se espera que pueda reconocer lo incorrecto de su conducta, los alcances que esta ha tenido y se sienta en la obligación de reparar los daños causados (Zehr, 2007 y Jhonston, 2002). Además de la participación de los involucrados principales, se intenta que los demás afectados o interesados, como pueden ser familiares o allegados de ambos, miembros de las fuerzas policiales, operadores judiciales y un sinnúmero de personas que se vinculan de una u otra forma con ese conflicto penal, tomen parte en los procesos restaurativos. Aquí, el proceso de interacción entre los nombrados, de diálogo participativo, reflexivo y deliberativo, es muchas veces lo que permite a los participantes superar las adversidades que ha generado la acción penal.

Aunque muchas veces se muestra a la justicia restaurativa en contraposición a la retributiva, son varios los autores que últimamente presentan a ambos modelos como posibles respuestas ante la realización de un delito, de forma tal que podrían constituir diferentes grados de intervención: en ocasiones la respuesta podría ser más restaurativa y en ocasiones más tradicional. Para quienes impulsan el desarrollo de la justicia restaurativa, la meta debería ser, en todo caso, que los procesos sean lo más restaurativos que se pueda, y que la aplicación del castigo tal como lo conocemos sea la excepción y solo tenga lugar ocasionalmente (Zehr, 2007).

Sea cual fuera la relación que definamos entre justicia restaurativa y retributiva, lo cierto es que la práctica restaurativa se centra en el reconocimiento de grados de responsabilidad penal y en la participación directa y central de los involucrados en el proceso (Jhonston, 2002). Así, la mediación y el acuerdo deberían poder reemplazar al litigio como la forma *natural* de resolver disputas.

Hasta aquí se ha brindado una reconstrucción respecto de la justicia restaurativa. Tal como se indicó, una solución restaurativa estaría justificada —o al menos estaría mucho más justificada que el castigo— cuando el Estado ha perdido la legitimidad para responsabilizar y sancionar conductas penales. A continuación, examinaremos con más detalle esta tesis central con el objetivo de relacionar los diferentes puntos vistos hasta el momento. Debe aclararse que la justificación respecto a la aplicación de propuestas restaurativas no está ligada directamente al problema de la exclusión. En este sentido, una respuesta retributiva puede ser una mala opción tanto para la víctima como para el victimario, incluso

cuando ambos estén debidamente incluidos. Aunque seguidamente nos dediquemos a indagar por qué la justicia restaurativa es una solución razonable o adecuada frente a casos donde hay marcadas exclusiones sociales, políticas o económicas, debe quedar claro que nada obsta –y, de hecho, existen buenas razones– a su aplicación a un universo mucho más grande de conflictos penales.

5. JUSTICIA RESTAURATIVA, UNA PROPUESTA PARA CASOS DE EXCLUSIÓN

En esta parte final del trabajo, se asumirá la tarea de justificar por qué las alternativas que la justicia restaurativa plantea como respuesta al delito son soluciones sensatas cuando el Estado ha perdido la legitimidad para responsabilizar y castigar penalmente. Es importante destacar que no existen argumentos absolutamente concluyentes que justifiquen la intervención de la justicia restaurativa cuando se intenta penar al excluido. Se busca, en ese sentido, aportar ideas a la discusión de fondo, que es en definitiva pensar el rol del derecho penal frente a la inequidad social, política o civil. En este ámbito –como en todo lo relativo a las políticas públicas– no existen puntos libres de desacuerdo. El mérito de una propuesta reside primero en la solidez de sus argumentos y la conveniencia de su implementación para cierta comunidad en cierto lugar y momento, antes que en razones inmanentes y perennes. Particularmente complejos y relativos son asuntos como las desigualdades estructurales en las que están inmersas algunas personas y sociedades. Las salidas en estos casos no suelen ser sencillas y admiten importantes discusiones.

Con todo, cabe recordar que el Estado pierde legitimidad para castigar a determinadas personas cuando: a) estas encuentran insatisfechos sus derechos sociales, políticos o civiles básicos; b) esa ausencia de derechos es gradual, por lo tanto, a mayor exclusión menor legitimidad para ejercer el reproche penal de manera justificada; c) el delito en cuestión guarda relación con la exclusión a la que están sometidas. Cuando estas circunstancias están presentes, el Estado ha perdido autoridad moral y política para efectuar reproches y sanciones penales. Allí donde el derecho penal no puede actuar, la justicia restaurativa constituye una opción viable.

Ligado a esto último la justicia restaurativa es una opción conveniente para estos casos. Ello no implica –como se dijo– que existan motivos suficientes para pensar que puede y debe ser aplicada en otro tipo de situaciones delictivas. A lo largo del trabajo, se han expuesto algunas pautas que permiten entender a la restauración como una forma valedera de responder al delito en términos generales y a esos argumentos nos remitimos. Sin perjuicio de ello, existen especiales razones para pensar que la implementación de prácticas restaurativas en casos de ausencia de autoridad política y moral del Estado está particularmente justificada. En lo siguiente, trataremos de analizar esta última estipulación.

5.1. Rechazar al castigo como forma de intervención

Un derecho penal deslegitimado no puede llevar adelante juicios de valor sobre las conductas de los posibles infractores –al menos debidamente justificados– y, como consecuencia de ello, no puede imponer sanciones penales. Para Gargarella no solo es difícil sostener la legitimidad para castigar que tiene el Estado en estos casos de exclusión, sino que ello importa, especialmente, dada la manera o la medida en que pretende hacerlo (2016, p. 134). En un sentido similar parece expresarse Orozco (2022), para quien que el Estado no pueda responder legítimamente a través del derecho penal no significa, sin embargo, que no pueda reaccionar por medio de otros mecanismos que operen con parámetros menos estrictos y, en consecuencia, generen respuestas menos drásticas.

En otras oportunidades he sostenido y analizado la implicancia, aplicación y extensión de los métodos alternativos que permiten culminar el proceso penal sin llegar a la sanción (Almada, 2023). A pesar de ello, el cumplimiento de los fines del derecho penal –sea cual sea la escuela desde la que analicemos el tema²⁵– o, si se quiere, la función de la pena –en casi todas sus vertientes–, reclama la imposición de sanciones como forma predilecta y prácticamente insustituible de responder al delito.

Ahora bien, sucede que estamos frente a conductas penalmente relevantes que no pueden ser reprochadas ni sancionadas. Y es aquí que encontramos un primer argumento en favor de la justicia restaurativa, dado

²⁵ Sobre los fines del derecho penal se puede revisar el trabajo de Alcácer Guirao (1998). Allí también se pueden extraer notas sobre la finalidad de la pena.

que esta mirada directamente desafía el uso del castigo como la respuesta principal ante la comisión de un delito.

Si de algo se jactan quienes defienden la implementación de prácticas restaurativas es que para ellos la sanción penal no sirve para cumplir sus metas –sea cual fuere la que se asigne– y más aún si de condenas de prisión se trata (Zehr, 2005; Jhonston, 2002; Braithwaite y Pettit, 2015; Christie, 2019; Gorzón Gómez y Martínez Pérez, 2017, entre otros). No solo discuten la valía moral del castigo o su verdadera capacidad para producir efectos disuasorios (Zehr, 2005, p. 39), sino también, y frecuentemente, las condiciones actuales en las que se lleva adelante. En definitiva, la justicia restaurativa propone una alternativa al castigo penal tradicional, enfocándose en la reparación del daño y la restauración de la armonía entre las partes involucradas. En lugar de castigar al infractor, este enfoque busca que él asuma responsabilidad por sus acciones y repare el daño causado a la víctima y a la comunidad, a través de compensaciones económicas, trabajo comunitario o acciones simbólicas (Braithwaite, 1989).

De esta manera un proceso de respuesta al delito, que no necesita la imposición de castigos como nos propone la justicia restaurativa, parece mucho más adecuado a la hora de pensar qué hacer frente a las acciones criminales cometidas por excluidos, donde la legitimidad estatal está erosionada.

5.2. El equilibrio de los intereses en juego

Que en los casos de exclusión debamos buscar una alternativa al castigo y que la justicia restaurativa brinde buenos motivos para no hacerlo, no significa que en estos casos de exclusión debamos aplicar necesariamente una respuesta restaurativa. Es por eso que a lo indicado en el punto anterior cabe agregar la siguiente idea: de acuerdo con Zehr (2005 y 2007) la justicia restaurativa procura, en definitiva, el equilibrio de los intereses de todas las partes. Cuando el Estado está frente a personas a las que injustificadamente no le ha garantizado los derechos políticos, sociales o civiles mínimos, tiene la obligación de enmendar, en la medida de lo posible, la situación de exclusión de la persona acusada. Con referencia a Seleme (2016 y 2010), hemos dicho que las personas incluidas socialmente tienen

la obligación moral de reclamar al Estado que recupere la legitimidad perdida frente a esas personas.

Ahora bien, de acuerdo con lo visto hasta el momento, por sus particulares características, la justicia restaurativa reclama la intervención de los involucrados en el delito en la solución del conflicto penal. Recordemos que la práctica restaurativa se integra no solo con los afectados directos, sino también con diversas áreas del Estado o de la comunidad. Allí es posible incorporar al proceso a quienes sean capaces de revertir las profundas insatisfacciones de derechos que atraviesan las personas excluidas. A diferencia de la justicia retributiva, la restaurativa puede –y debe– contener esta obligación de reparar las injusticias sociales detectadas.

Es interesante pensar que si lo que se pretende es vincular el derecho penal con ciertos entornos políticos o sociales de modo tal que se construyan alternativas más empáticas con la realidad de algunas personas, sería razonable decir que la solución que el derecho penal proponga en estos casos debe también tener en cuenta esta dimensión política. Aquí se cuenta con una ventaja, la justicia restaurativa es una herramienta institucional, legal y académica cuyo desarrollo es compatible con esta extensión.

5.3. No reprochar no implica aceptar las acciones ilegales

Párrafos más atrás se indicó que no todas las acciones ilegales cometidas por excluidos impedían la realización de un reproche justificado por parte del Estado²⁶, sino que solo aquellas que se vinculaban especial y particularmente con el tipo de desventaja social, política o económica que se trate. Es decir que un Estado que ha perdido legitimidad de reclamar

²⁶ En un sentido similar, Beade, analizando el caso de personas sin viviendas, sostuvo que la pérdida de legitimidad del derecho penal no implicaba que los ocupantes de tierras puedan ser “inmunes a los castigos por completo” (2019, p. 279). Postuló que, si golpean a otras personas o matan a un conciudadano, por ejemplo, el Estado debe castigarlos. Y allí es cuando dice que su “inmunidad” solo se extendería a su condición de ocupantes ilegales en estos “casos de ocupación”. De esta manera también se pronuncia Green (2020), quien en su análisis de delitos contra la propiedad llevados adelante sin violencia, cometidos por personas excluidas políticamente pero no económicamente, al no haber vinculación entre el delito y la desventaja, no habría por qué eximirlos de responsabilidad penal.

penalmente algunos delitos puede conservar íntegramente esta facultad en relación con otros. Tal situación se debe, insisto, no a la naturaleza de los deberes o derechos en juego, sino a la vinculación particular entre el delito concreto y la injusticia a la que la persona estaba sometida.

Pero aún frente al caso donde no existan dudas que el reclamo penal está injustificado y es ilegítimo en términos políticos o morales que el derecho penal responsabilice y castigue, no es saludable que no exista ningún tipo de respuesta. Cabe recordar que el legislador ha tenido buenos argumentos para criminalizar las conductas que hoy no pueden ser juzgadas justificadamente y esas mismas razones (que llevaron a tipificar esos delitos) no desaparecen porque un excluido las materialice. Es por ello que, y aquí creo que se puede observar el argumento central del trabajo, estos casos penalmente relevantes merecen una respuesta que conjugue y atienda: a) la situación de exclusión y b) las razones que hacen a la criminalización de la conducta llevada a cabo.

Me interesa ver este argumento a través de un ejemplo.²⁷ Recientemente, el mundo se vio conmocionado por la aparición de la nueva enfermedad por coronavirus. Como reacción a esta amenaza, los Estados adoptaron diferentes medidas sanitarias, sociales, económicas y jurídicas para tratar de enfrentar las adversidades de la pandemia, declarada como tal por la Organización Mundial de la Salud a escasos meses de su inicio. En Argentina, se dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio. Siguiendo la premisa de evitar los contactos entre personas, sus habitantes debieron permanecer en sus domicilios y solo tenían permitido salir de ellos en casos indispensables. Con el objetivo de reforzar el acatamiento de esta medida, se reguló que su incumplimiento implicaría un delito, más

²⁷ Este ejemplo es una recreación ficticia similar a otras múltiples situaciones que enfrentaron las personas humildes durante el aislamiento decretado en Argentina debido a la pandemia de Coronavirus. Se pueden consultar algunos ejemplos en: "Covid-19: Hubo un 70% más de casos en los sectores más empobrecidos", nota publicada en el diario *La Voz del Interior* el 3 de octubre de 2021, disponible en línea en <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/covid-19-hubo-un-70-mas-de-casos-en-los-sectores-mas-empobrecidos/>. También en la nota: "Coronavirus: cómo se vive la cuarentena en los barrios populares", publicada el 13 de abril de 2020: <https://chequeado.com/el-explicador/coronavirus-como-se-vive-la-cuarentena-en-los-barrios-populares/>. Además, algunos trabajos han abordado esta problemática, como por ejemplo Reyes-Pontet, Ibáñez-Martín y Silvia London (2022).

precisamente el estipulado en el artículo 205 del Código Penal²⁸, que reprime con pena de prisión a quien no dé cumplimiento a las medidas sanitarias en el marco de una pandemia y, dentro de estas, al aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Ahora bien, durante la vigencia de esta medida penal, se podía observar a un grupo de jóvenes, junto a las vías del tren, jugando una partida de bochas. Un antiquísimo juego que consiste en dejar una suerte de esferas macizas y grandes como la palma de la mano, ciertamente pesadas, lo más cerca de una pequeña bola que se denomina bochín. Este grupo de adolescentes, algunos mayores de edad, jugaban a las bochas en las cercanías de sus hogares. Las viviendas de la zona mostraban una clara condición humilde y se componían de pequeños módulos habitacionales, en los que generalmente residen varias personas, de diferentes edades y sexos. Con un poco más de holgura, en algunos casos, quizá el baño integrara la casa. El tamaño de estas unidades habitacionales, la mayoría de las veces, obliga a sus integrantes a compartir el único ambiente que tienen, donde todos los miembros de la familia realizan sus quehaceres hogareños. No es necesario describir con más detalle los hogares de estas personas, ni las situaciones que se suceden, por ejemplo, con los fríos invernales o durante el verano, cuando el calor agobia. Lo que se procura destacar es que estos jóvenes estaban cometiendo un delito, infringiendo la ley penal al no quedarse en sus viviendas y jugar a las bochas. En Argentina se había sancionado un decreto para proteger sanitariamente a la comunidad y estos individuos, “irresponsablemente”, lo incumplían.

En la observación de estas situaciones surge como pregunta si está justificado que la policía concurriera al lugar y los detuviera, o que un tribunal les impusiera una pena por esa conducta delictiva. La normativa jurídica que sanciona este delito (no quedarse en el hogar salvo excepciones) se justifica al tratar de proteger la salud de todos los ciudadanos y las ciudadanas que integran la comunidad. La mejor manera de impedir el avance del virus sería evitar los contactos y, por tanto, si alguien estableciera una vinculación estrecha con otras personas fuera de las circunstancias previstas legalmente, el resto tendría justificadas

²⁸ Artículo 205 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

razones para cuestionarle esa conducta. Sería correcto pensar que existe cierta expectativa social en que cada miembro de la comunidad respete el aislamiento.

Pero aun así la solución penal resulta insatisfactoria. ¿Será razonable entonces exigirles a estos adolescentes que se quedaran en sus viviendas, aun teniendo en cuenta que estas no cumplen con condiciones básicas de habitabilidad? ¿Estaría bien que el derecho penal les reclamara el incumplimiento del aislamiento obligatorio y les exigiera quedarse en esas viviendas? ¿Debería la policía ir al lugar y detenerlos? Un primer abordaje mínimamente sensible en términos sociales diría que no, que como comunidad son demasiadas las deudas pendientes respecto de estos jóvenes, para ahora exigirles la difícil tarea de permanecer en sus hogares, responsabilizarlos penalmente por eludir sus propias carencias y, luego, enviarlos a prisión.

Sin embargo, los jóvenes aún están jugando a las bochas y esto es sanitariamente peligroso, no solo para ellos, sino también para el resto de las personas que viven en su barrio y en su comunidad. Además, por más ilegítima que parezca una intervención penal del Estado, ellos continúan cometiendo un delito. Entonces, la justicia restaurativa tiene en su intervención frente a la infracción penal, la premisa de considerar los intereses de cada una de las partes. Buscar consensos y equilibrios entre las diversas pretensiones de los sujetos involucrados. Así, no solamente se tienen en cuenta los requerimientos del Estado, sino también las necesidades de la víctima que se ha visto perjudicada por la conducta disvaliosa o los intereses del infractor en que su situación de marginalidad comience a revertirse. No es posible justificar una respuesta al delito que acontezca únicamente dentro del marco de las exigencias punitivas de un Estado deslegitimado, ello solo reproducirá y hasta profundizará la injusticia del caso.

La propuesta debe permitir que los jóvenes entiendan el peligro de su conducta y los motivos por los cuales deberían quedarse en sus casas. Debería también dar lugar a que ellos pudieran explicar las dificultades que tienen de permanecer en sus viviendas, para luego arribar a alternativas consensuadas que minimicen el riesgo sanitario y mejoren sus condiciones de vida. Un proceso de ese tipo es absolutamente compatible con los presupuestos restaurativos.

5.4. *El estudio de los contextos*

La valoración de los contextos sociales es indispensable para la justicia restaurativa, ya que ofrecen una visión integral de los delitos y de los conflictos subyacentes. Considerar los entornos contribuye al proceso de responsabilización del infractor al identificar los factores que facilitan y generan ciertas conductas delictivas, lo que a su vez facilita su rehabilitación. Por otro lado, prestar atención a los contextos sociales permite atender de manera más efectiva las necesidades y los daños sufridos por las víctimas y la comunidad, promoviendo un proceso de reconciliación y restauración más exitoso.

Históricamente, las instituciones penales tradicionales han sido reticentes a considerar los contextos sociales o políticos en que se desarrollan algunas conductas ilegales. Esta reticencia puede rastrearse hacia la idea de libertad individual y libre elección (Cigüela Sola, 2018)²⁹ sobre la cual se nutre el derecho penal liberal, que al momento de responsabilizar se enfocaba especialmente en verificar circunstancias estrictamente relacionadas con el infractor, como su capacidad, intención o la conexión causal de sus conductas con el hecho acusado.³⁰ No obstante, cuando hablamos de condiciones de legitimidad o de derechos básicos insatisfechos, estamos pidiendo al sistema penal que sea más receptivo a las diversas circunstancias que rodean la comisión de delitos, especialmente en casos de insatisfacción de derechos mínimos e indispensables de la persona que los comete.

La justicia restaurativa ha incorporado desde su génesis la consideración de contextos sociales, lo que hace que su implementación en estos casos sea realmente compatible. Para este enfoque de justicia, tener en cuenta los contextos sociales ayuda a evitar la injusta criminalización de personas en situaciones desventajosas y promueve una justicia más equitativa. Abordar las circunstancias sociales subyacentes también

²⁹ De acuerdo con Cigüela Sola: “La observación de que la libertad está gradualmente sometida a presiones e irritaciones de origen social o externo, fácilmente tendía a ser menospreciada o incluso negada” (2019, p. 392).

³⁰ Idea que se vincula a la noción de “responsabilidad básica” (Gardner, 2012), analizada en contraposición con la noción de “responsabilidad relacional” en la primera parte de este trabajo.

contribuye entender las razones por las cuales esa conducta ilegal ha sido previamente establecida como delito y con motivo de ello, a prevenir que se lleven adelante acciones similares.

5.5. La gradualidad de la exclusión

Se indicó previamente que la legitimidad para ejercer reproches penales o castigos no se manifiesta de manera binaria, sino que es un fenómeno con grados y relatividades (Dworkin, 2014). No es posible afirmar que se posee una autoridad moral completa en ciertos casos y que esta se pierde de manera súbita. Esto se debe a que las circunstancias de exclusión o inclusión política, social o civil, que fundamentan la autoridad moral, tampoco se presentan de manera absoluta. Una persona puede estar relativamente excluida debido a que sus derechos básicos también están relativamente cubiertos. Por lo tanto, una respuesta al delito cometido por una persona excluida debe ser capaz de considerar este gradualismo.

El derecho penal tradicional suele ver las realidades de manera binaria, de manera tal que “los grados de severidad de la ofensa pueden variar, pero al final no hay grados de culpa. Uno es culpable o no. Tiene que haber un ganador y un perdedor” (Zehr, 2005, p. 65). A decir de Christie (2019), los tribunales actúan bajo la idea de que, a partir de sus condenas se refuerza el contenido de las normas sociales, pero en los hechos comunican el mensaje a partir del cual las personas pueden ser clasificadas en dicotomías simplistas. A excepción del momento en el cual se individualiza la pena donde se admite la graduación de la responsabilidad de alguien ya considerado culpable, en términos generales, la justicia retributiva suele operar bajo esta lupa dicotómica. Por el contrario, una respuesta restaurativa es permeable a los diversos espectros en los cuales se presentan no solo las responsabilidades de las personas, sino también las diversas exclusiones sociales o políticas referenciadas.

En conclusión, la capacidad del Estado para reclamar y castigar penalmente disminuye a medida que aumenta la exclusión de los individuos. A partir de este argumento, se puede deducir que, cuanto mayor es la marginalidad y la privación de derechos básicos de una persona, más necesaria se vuelve una respuesta que combine enfoques restaurativos.

5.6. Devolver el conflicto a las partes

Cuando el Estado pierde legitimidad, sus intereses dejan de ser prioritarios. Con frecuencia autores de derecho penal centran el estudio de los delitos en la transgresión legislativa y en cómo la reacción, las sanciones y los castigos son necesarios para reafirmar valores sociales, mantener la vigencia de las normas y disuadir acciones similares. Sin embargo, cuando la legitimidad estatal está erosionada, estas necesidades retributivas no deberían ser prioritarias.

Habría que dejar de mirar el delito desde la posición de un Estado que propone el reproche, para enfocarse en las partes involucradas en la ofensa penal. En la medida que la exclusión sea más grave, más ilegítima será la posición del Estado para reprochar un delito, menos importarán sus intereses y más habría de preocuparnos qué le acontece a la víctima, al victimario y a los distintos involucrados en el marco de la conducta ilegal.

Una de las bases intelectuales de la justicia restaurativa es la opinión de Christie (2019), para quien las ofensas penales deben ser consideradas conflictos que pertenecen por derecho a las víctimas y a los delincuentes, por lo tanto, estas deben participar en su resolución. Si el Estado pierde el derecho de promover juicios y castigos contra personas social y políticamente postergadas, cobran relevancia los requerimientos de la víctima tras el daño recibido, la situación de inequidad del infractor, los intereses de los allegados y la comunidad, y todos los mecanismos que ayuden a superar el conflicto generado por el delito y la exclusión. Por lo tanto, una respuesta restaurativa es significativamente más sensata.

6. UNA REFLEXIÓN PENDIENTE, EL CASO DE LAS PERSONAS ABSOLUTAMENTE EXCLUIDAS

A lo largo de este trabajo he dicho que la exclusión y la legitimidad son cuestiones que deben ser comprendidas de manera gradual. A medida que aumenta la exclusión de un individuo, disminuye la legitimidad de las respuestas estatales hacia él, lo que hace que los reproches penales se vean menos justificados y más necesaria resulte la implementación de políticas restaurativas.

También mencioné que, dado el carácter gradual de la exclusión política, social o civil, para que esta reducción de legitimidad en la capacidad de realizar reproches penales sea razonable, es necesario que haya algún tipo de conexión o relación entre la situación de exclusión y el delito cometido. Esta condición es acorde con los diferentes niveles de exclusión y la perspectiva multidimensional que requiere considerar la insatisfacción de derechos fundamentales en nuestras sociedades.

Ahora bien, tal argumento no desconoce que, aunque la justicia restaurativa se caracteriza por ser voluntaria, puede incluir ciertos elementos de coerción. Este mínimo nivel de coacción que podría surgir en el contexto de una salida restaurativa puede justificarse dado que, en la gran mayoría de los casos, las personas carentes de ciertos derechos básicos están de alguna manera y con ciertos grados incluidas en su comunidad. Esta situación está bastante presente si tenemos en cuenta muchas de las desigualdades que enfrentamos en nuestras sociedades, que son complejas y están influenciadas por múltiples variables económicas y sociales. Sin embargo, existen casos en los que la exclusión es absoluta, donde el individuo que comete el delito carece de cualquier grado de inclusión política o social. La exclusión es tan profunda que resulta imposible considerar a esta persona como parte de la comunidad o de sus instituciones en ningún nivel. En estos casos, puede parecer que la respuesta restaurativa también carecería de legitimidad, ya que deriva de un Estado y una comunidad respecto de los que el individuo es completamente ajeno. Este escenario complica la búsqueda de una solución adecuada.

Una buena parte de la doctrina ha esbozado distintos esfuerzos teóricos para justificar la intervención del Estado en estas situaciones extremas. Desde la defensa de deberes y derechos naturales, como podría ser el caso de Silva Sánchez (2018), hasta la aplicación de un derecho penal limitado (Coca e Irarrázaval, 2021).³¹ Aunque no puede

³¹ Coca e Irarrázaval (2021) sostienen que las medidas coercitivas aplicadas a excluidos extremos podrían estar justificadas si cumplen tres principios de limitación. Primero, el principio de necesidad, que requiere que el individuo haya causado o intentado causar daño grave a intereses protegidos por la ley, excluyendo así acciones que no conciernen a la comunidad política. Segundo, el principio de subsidiariedad, que estipula que la coerción debe ser necesaria para prevenir futuros peligros a dichos intereses vitales, basándose en la probabilidad de delitos futuros y la magnitud del daño esperado. Por último, cualquier medida debe ser proporcional al peligro que represente el individuo,

extenderme en este tópico, considero que el único argumento sincero –aunque complejo– es el de seguridad. Pawlik (2021), al abordar el tema del excluido total, argumenta que, aunque el Estado debe evitar reproches hacia los socialmente excluidos, estos a menudo representan un riesgo considerable para los derechos de otros, lo que justifica su consideración como fuentes de peligro. De esta manera el derecho penal podría actuar, pero siempre respetando su dignidad.³² En el caso de las personas que están completamente excluidas, no se puede exigir el vínculo entre la exclusión y el delito. Estas personas son tan ajenas a las instituciones y están tan fuera de la comunidad que ninguna intervención podría mejorar las condiciones de legitimidad, por lo que no importa qué tipo de delitos cometan.³³ La única justificación plausible, aunque resulta incómoda, es que la intervención estatal mínima se lleve a cabo con el fin de garantizar la seguridad de quienes están incluidos en la comunidad y de la posible víctima del delito. Esto es, en última instancia, lo que ocurre en la vida real.

Es complicado encontrar una solución clara para estas situaciones. A pesar de ello, la justicia restaurativa se perfila como la mejor opción en la medida en que su aplicación sea posible, ya que se considera una

impidiendo, por ejemplo, la detención preventiva desproporcionada por delitos menores. En resumen, un Estado puede ejercer coerción legítima sobre un externo peligroso solo si se respetan estos criterios, considerándose que se trata de una medida de coerción, no de un castigo.

- 32 Sugiere, además, que los estados deben implementar políticas económicas y sociales para abordar esta exclusión significativa y adoptar una estrategia mixta en el tratamiento de estas personas, aplicando el derecho penal solo en beneficio de los acusados y evitando sanciones más severas que las necesarias. Además, enfatiza que no se deben recortar las garantías procesales y que cualquier modificación a los principios generales de atribución del derecho penal debe ser objeto de un análisis detallado (2021, p. 154).
- 33 Un ejemplo de esta situación podría ser el caso de una dictadura militar, donde existen tribunales judiciales compuestos por representantes de ese régimen. En este escenario, yo soy una persona sin ningún derecho político que comete el homicidio de un familiar, crimen que no se relaciona de ninguna manera con la situación política. En este contexto, estoy completamente excluido del sistema, dado que veo mis derechos políticos cercenados en un todo. Esos tribunales militares me son absolutamente ajenos; si me juzgan por ese delito, indudablemente lo harán desde una perspectiva carente de legitimidad. Su objetivo será brindar seguridad a la población, pero el hecho de juzgar un crimen atroz no les permitirá recuperar la legitimidad que han perdido.

respuesta menos agresiva y menos violenta, o en términos sancionatorios, más moderada.

7. CONCLUSIONES

Desde el inicio se ha pretendido contestar el siguiente interrogante: ¿por qué la justicia restaurativa es una respuesta interesante cuando se pretende enjuiciar y castigar a personas excluidas? Para responderla, se hizo hincapié en la importancia de construir un derecho penal permeable a los entornos de marginalidad o vulneración de algunas personas, en la medida que se pretenda contar con una respuesta penal que aspire a brindar soluciones justas y legítimas.

En esa misma empresa, se ha comprobado que cuando una persona acusada de un delito no ha visto respetados sus derechos mínimos e indispensables, como su dignidad, salud, alimentación, vestimenta, participación política básica o capacidad de expresión, esa intervención estatal puede ser irrazonable o estar indebidamente justificada. Si ignoramos estos contextos de vulneración y tratamos a las personas como plenamente responsables de sus actos sin considerar su situación, probablemente estemos ante una parodia de proceso penal y no ante uno auténtico. Se ha argumentado también que cuando el Estado no garantiza la distribución esencial de derechos a todas las personas como miembros de la comunidad, no se cumple una precondition fundamental de la responsabilidad penal. Por lo tanto, una intervención estatal en tales casos sería ilegítima. Aunque pueda estar justificada en términos legales, presentará serios déficits políticos y morales.

Las respuestas habituales a los delitos cometidos por personas excluidas son inadecuadas y refuerzan la ilegitimidad de la intervención estatal. Por ello, en este trabajo se buscó identificar los factores o circunstancias que deben ser valorados para ofrecer una opción más equilibrada y razonable.

Aquí es donde entra en juego la justicia restaurativa. Como ha podido verse, implica una forma de entender al delito de una manera particularmente distinta a la que tradicionalmente se hace. La prioridad no está ubicada en determinar cuán culpable es una persona o cuánta punición merece, sino en cómo resolvemos el conflicto penal que tenemos delante, que en definitiva no es solo penal, sino que también es político y

social. De esta manera, las consideraciones que hasta aquí se brindaron han de tomarse como de *lege ferenda*, en la medida en que otorgan razones para configurar el proceso penal de una manera distinta a la que generalmente se piensa.

Establecido esto, es importante resaltar que la justicia restaurativa se enfoca en considerar las necesidades y perspectivas de todas las partes involucradas en un delito. Busca alcanzar acuerdos y equilibrios entre los intereses diversos presentes. Así, no solo se tienen en cuenta las exigencias formales del Estado, sino también las necesidades de la víctima afectada por la conducta negativa y los intereses del infractor en mejorar su situación de exclusión, entre otros aspectos tratados. Es esencial comprender que no se puede justificar una respuesta penal que se base solo en la idea de castigo en un Estado deslegitimado, ya que esto solo perpetuaría la injusticia existente. Por lo tanto, abordar las infracciones cometidas por aquellos cuyos derechos básicos han sido ignorados requiere un enfoque que integre respuestas tanto legales como sociales y políticas adecuadas a cada situación. Aunque pueda parecer desafiante en el contexto penal tradicional, la implementación de enfoques restaurativos que reflejen estas ideas no solo es posible, sino que resulta indispensable.

BIBLIOGRAFÍA

- Aertsen, I. (2017). Restorative Justice: An International Journal, 2017, vol. 5, n. 3, p. 352-367. <https://doi.org/10.1080/20504721.2017.1390997>
- Alcácer, G. R. (1998). Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política. *Universidad Complutense*, Madrid ADPCP, vol. LI.
- Almada, J. M. (2023). Reparación integral del daño y solución de conflictos en el proceso penal, Publicado por Erreius en *Temas de derecho penal y procesal penal*. Julio 2023. Buenos Aires.
- Beade, G. (2019). Who Can Blame Whom? Moral Standing to Blame and Punish Deprived Citizens. *Criminal Law, Philosophy - Springer* (13), p. 271-281. <https://doi.org/10.1007/s11572-018-9471>
- Berrotarán, A., N. Garayo, M. E. Molina, C. Peretti y H. O. Seleme. (2020). Consideraciones sobre el castigo penal a carreros por actos de maltrato

- animal. *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la UNC Córdoba*, XVIII, p. 497-508. Córdoba: Editorial Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.
- Braithwait, J., y P. Petti. (2015). *No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Braithwaite, J. (1999). *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts. Crime and Justice: A Review of Research*. Nueva York: Oxford University Press.
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative justice and responsive regulation*. Nueva York: Oxford University Press.
- Braithwaite, J. (1989). Crime, Shame and Reintegration. *Cambridge University Press*. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511804618>
- Cigüela Sola, J. (2018). *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Cigüela Sola, J. (2019). Injusticia Social y derecho penal: Sobre la ilegitimidad política del castigo. *Cuadernos de filosofía del Derecho*, ISSN: 0214-8676(42), p. 359-411.
- Cigüela Sola, J. (2024). Lo moral y lo político en la legitimidad del castigo del excluido social: la discusión en cinco problemas, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 45, n. 119 (julio-diciembre), p. 219-238.
- Coca Vila, I. y C. Irarrázaval. (2021). A Criminal Law for Semicitizens, *Journal of Applied Philosophy*, published by John Wiley y Sons Ltd on behalf of Society for Applied Philosophy. Doi: 10.1111/japp.12534
- Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Duff, A. (1986). *Trials and Punishment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Duff, A. (2001). *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press.
- Duff, A. (2007). *Answering for crime: Responsibility and liability in the criminal law*. Oxford: Oxford University Press.

- Duff, A. (2012). Responsabilidad y punibilidad en derecho penal. *El legado de H. L. A. Hart - Filosofía jurídica, política y moral*. Madrid: Marcial Pons.
- Duff, A. (2015a). Derecho, lenguaje y comunidad. Algunas precondiciones de la responsabilidad penal. *Sobre el castigo. Por una justicia que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Editorial Siglo Veintiuno.
- Duff, A. (2015b). ¿Quién es responsable por ante quién? *Sobre el castigo. Por una justicia que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Editorial Siglo Veintiuno.
- Duff, A. (2015c). Tal vez yo sea culpable pero ustedes no pueden juzgarme. *Sobre el castigo. Por una justicia que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Editorial Siglo Veintiuno.
- Duff, A. (2015d). Un Derecho Penal Democrático. *Sobre el castigo. Por una justicia que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Editorial Siglo Veintiuno.
- Duff, A. y S. P. Green. (2020). Responsabilidad, ciudadanía y derecho penal. *Fundamentos filosóficos del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Gardner, J. (2012). Hart y Feinberg sobre responsabilidad. En Antony Duff, *Responsabilidad y Punibilidad en derecho penal. El legado de H. L. A. Hart - Filosofía jurídica, política y moral*, Madrid: Marcial Pons.
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la Justicia después de Rawls. Barcelona*. Buenos Aires: Paidós.
- Gargarella, R. (2016). *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.
- Green, S. P. (2015). The Conceptual Utility of Malum Prohibitum. *Rutgers School of Law. Dialogue 01 - 11*. Canadian Philosophical Association.
- Green, S. P. (2020). Merecimiento justo en sociedades injustas. Un enfoque basado en casos específicos. *Fundamentos filosóficos del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.

- Hart, H. L. A. (2011). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Irrázaval Zaldívar, C. (2021), *El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica*. InDret, Doi: 10.31009/InDret.2021.i1.08
- Jhonston, G. (2002). *Restorativ Justice. Ideas, values, debates*. Portland, Oregon: William Publishing.
- Moreso, J. J. y J. L. Martí. (2006). La Constitucionalización del principio de diferencia. *Rawls post Rawls*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.
- Nino, C. S. (2006). *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires: Astrea.
- Orozco López, H. D. (2022). *Exclusión social, criminalidad y reacción estatal*, en Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del Derecho Penal y la Criminología contemporáneas a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía, Orozco López, Yesid Reyes Alvarado y Carmen Eloísa Ruiz López editores. Bogotá, p. 165-208.
- Pawlik, M. (2021) *Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierten*. En *Brücken bauen Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag* Herausgegeben von Eric Hilgendorf, Marcelo D. Lerman und Fernando J. Córdoba. Duncker y Humblot. Berlin, p. 145-157.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. México: Colección de Filosofía.
- Reyes-Pontet, M., M. M. Ibáñez-Martín y S. London. (2022). La pandemia y el aislamiento: un análisis de sus primeras consecuencias sobre la población vulnerable. Un caso de estudio. *Revista de Investigaciones Universidad del Quindío*, 34(2), 340-353. <https://doi.org/10.33975/riuq.vol34n2.1050>
- Rosetti, A. (2010). Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales. *Los derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la Justicia*. Madrid: Dykinson.
- Roxin, K. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, p. 200-225. Madrid: Reus.

- Roxin, K. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos*. (Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y de Vicente Remescal, Trans.) Madrid: Civitas.
- Scanlon, T. (2013). *Las dimensiones morales. Permisibilidad, significado y culpabilidad*. España: Avarigani.
- Seleme, H. (2010). La legitimidad como autoría. *Revista brasileira de filosofia - Filosofia social e teoria do direito, RBF*.
- Seleme, H. (2016). Las circunstancias de la desigualdad. En Javier Gallego S. y Thomas Bullemore (Eds.). *Igualitarismo, una discusión necesaria*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*. Madrid: Atelier.
- Strawson, P. F. (2008). Freedom and Resentment. *Freedom and Resentment and other Essays*. London: Routledge Taylor y Francis Group.
- Zaffaroni, E. R, A. Slokar y A. Alagia. (2005). *Manual de Derecho Penal*, Parte Gral, 2da ed., Buenos Aires: Ediar.
- Zehr, H. (2005). *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*. 3ra ed. Harrisonburg, Virginia-Waterloo, Ontario: Herald Press.
- Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Nueva York: Good Books.
- Ziffer, P. S. (1996). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad Hoc.

