

**ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE
LA JUSTICIA RETRIBUTIVA
Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA,
COMO BASE PARA EL DISEÑO
DE REPARACIONES DE UN SISTEMA
DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN VENEZUELA**



CDH · UNIMET



CDH - UCAB

Resumen

Ante el planteamiento de un eventual proceso de transición en Venezuela es indispensable tomar en consideración las reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Un aspecto que obligatoriamente debe prever el sistema de justicia que rija en ese contexto, pero para el cual hay que determinar con anterioridad qué es lo más recomendable: seguir el camino de la justicia retributiva o el de la justicia restaurativa.

La retributiva ha caracterizado de facto el sistema judicial venezolano, en el cual, al menos teóricamente, la pena ha tenido como función principal la “prevención general positiva”, es decir, transmitir un mensaje a la sociedad que vaya más allá de la mera intimidación para que entienda la importancia del bien jurídico protegido. Mientras que la restaurativa fue la opción idónea en procesos transicionales como los vividos en Sierra Leona y Uganda.

Fue entonces el objetivo de quienes desarrollaron esta investigación comparar la justicia retributiva con la restaurativa, las características de cada una, a efectos de establecer los lineamientos básicos que permitan, en un eventual sistema jurídico transicional en Venezuela, definir cómo serán las reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Así, después de hacer un resumen de la evolución histórica de la justicia retributiva, indicando sus limitaciones, aquellas que inspiraron el surgimiento de las llamadas teorías relativas para explicar la función de las penas, especialmente la de la prevención general positiva como la que más se ajusta a los principios propios de un Estado Constitucional de Derecho, se determinó que este tipo de justicia no es el ideal para un sistema transicional, así como no lo es para un sistema de justicia ordinario. Para llegar a esta conclusión se revisó y compartió, además, la opinión de varios autores que consideran que el sistema de justicia venezolano ve la pena desde la óptica retributiva, es decir, como una forma de hacer justicia entendida como “un mal a quien causó un mal”.

La justicia de la transición debe procurar la justicia, la verdad, la reparación y no la repetición, siguiendo un modelo restaurativo en el que la víctima, el victimario y la sociedad en general sean protagonistas, de forma tal que en determinados casos se acuda a medios alternativos de resolución de conflictos para resolver cuestiones derivadas de delitos distintos a violaciones graves de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y gran corrupción, los cuales serán atendidos o por el sistema ordinario con competencia especial o por un sistema de justicia mixto (nacional e internacional) especial. Esto último requiere un estudio propio que no corresponde a este trabajo.

Índice

Resumen

I. La justicia retributiva	1
I.a Antecedentes históricos	1
I.b Justicia retributiva en el ordenamiento jurídico occidental actual	4
I. c Justicia retributiva en los ordenamientos jurídicos orientales actuales: La Ley Sharia	8
II. La justicia restaurativa	10
II.a Una aproximación al concepto de justicia restaurativa	10
II.b Objetivos de la justicia restaurativa	11
II.c Espacios para los procesos restaurativos en Venezuela	13
II.d. Los procesos restaurativos desde la perspectiva de las reparaciones integrales con enfoque transformador	15
III. Ideas sobre lineamientos para el diseño de reparaciones en un proceso de justicia transicional en Venezuela	20
Referencias bibliográficas	25

I. LA JUSTICIA RETRIBUTIVA

I.a. Antecedentes históricos.

La justicia retributiva como teoría o mecanismo estructural del sistema de justicia y castigo debe ser entendida como un conjunto de valores en los que el aspecto punitivo es el enfoque esencial. En este marco y siendo la justicia retributiva un sistema social en sí misma, es pertinente comprender los antecedentes históricos que le dieron forma.

Como aspecto introductorio, cabe destacar que la justicia retributiva encuentra sus orígenes en civilizaciones y religiones antiguas. Por ejemplo, en el Código de Hammurabi (1750 a. C.), llamado así en honor al sexto rey de la primera dinastía babilónica de la antigua Mesopotamia, se consolidan varias provisiones para la “ley de la retaliación” (Leiser, 2001, pp. 40). Los crímenes eran entendidos como ataques a los “derechos de otras personas” (Meyer, s.f., párr. 1) y las víctimas no solo debían ser compensadas por los daños sufridos, sino que los ofensores debían ser castigados. En el Antiguo Testamento, en el libro del Éxodo (21:24), se proclama quizás una de las frases más famosas de la justicia retributiva: “Vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, golpe por golpe, herida por herida”¹ (Gordon, 2015). Declaraciones similares pueden encontrarse en el Corán y otros textos religiosos antiguos (Meyer, s.f.).

Durante la Inglaterra anglosajona (s. V al s. XI) se añade un nuevo cariz a la justicia retributiva: El crimen ya no involucra solo a la víctima y al ofensor, sino al rey. Para ese momento, el castigo por un asesinato no era solo la compensación a la víctima, sino que el ofensor también debía pagar una multa por ir en contra de los decretos reales. Esta multa podía llegar a ser tan elevada que un súbdito común no podía pagarla, por lo que debía cumplir una pena en prisión u otro tipo de castigo severo (Hermann, 2017). Así, pues, la víctima deja de ser parte central de la justicia y el Estado (el rey) se convierte en una parte primaria del juicio, lo que genera no solo el desarrollo de una autoridad penal estatal y la creación de una política central de Estado,

¹ El Vaticano ha sostenido la vigencia de la justicia retributiva durante siglos. En 1953, el papa Pío XII envió una comunicación al 6° Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Roma, en la que señaló: “Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Este ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer” (Durán, 2011, pp. 126).

sino la idea de que el crimen ya no es solo un conflicto entre individuos (Umbrett, 2005).

Ya en el siglo XVIII el filósofo Georg Hegel respaldaba la justicia retributiva al considerar que “la retribución es el crimen volviéndose contra sí mismo. La acción del criminal se juzga a sí misma”² y “el criminal es honrado como ser racional al infligir el castigo. La concepción y la dimensión de su castigo se calcula por [el crimen cometido]”³ (Flechtheim, 1947). De igual forma⁴, Immanuel Kant sostenía que la justicia para ser considerada tal debía castigar a los criminales, quienes merecían el castigo como retribución por sus crímenes, incluso si ningún bien se materializaba de ello (Rodgers, 2009; Fernández, 2017).

El investigador Vahakn Dadrian (2004), a través de sus estudios comparados de genocidios en la historia occidental del siglo XX (particularmente el genocidio armenio y el Holocausto), pone de relieve un aspecto fundamental para la comprensión de la justicia retributiva: el eje impunidad-castigo. Para el autor, ninguno de los dos genocidios pudo ser prevenido, y “el castigo es una función de la prevención negativa: se puede inferir que la falta de castigo a los autores del genocidio armenio coadyuvó al Holocausto judío” (pp. 13).

Según este autor, los genocidios y especialmente la victimización genocida de los armenios y los judíos, tuvieron un amplio impacto e influencia en la formación del “espíritu legal” de la justicia retributiva. Los juicios de Núremberg son considerados entonces como un punto de inflexión de la retribución, pues pueden ser entendidos como:

[...] un primer período de la justicia transicional [que] comprendió las exigencias internacionales de justicia de manera estrictamente retributiva, y, por ende, lejos de pretender ponderarlas con algún otro valor, las aplicó con el mayor de los rigores [...] la transición de la segunda posguerra no requirió de ninguna negociación por parte de los actores armados, sino que fue impuesta por la parte victoriosa de la guerra. Por ello, la justicia retributiva fue comprendida como un valor universal y de primordial importancia (Uprimny & Saffon,

2 Traducción propia. Original: “Retribution is the turning back of crime against itself. The criminal's own deed judges itself”.

3 Traducción propia. Original: “A criminal is honored as rational in the infliction of punishment. The conception and measure of his punishment is deduced from his very act”.

4 “Precisamente fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia” (Mir Puig, 1982, pp. 112)

2005, pp. 215).

Se entiende así que la justicia retributiva tradicionalmente se considera la “única alternativa a la impunidad [pues] la incapacidad (o imposibilidad) de prevenir los crímenes o, en todo caso, el desinterés en la prevención como mecanismo más efectivo y sostenible, genera un caldo de cultivo que da fuerza al castigo como antídoto único a la injusticia y el sufrimiento de las víctimas” (Dadrian, 2004, pp. 13). Esto último muestra el regreso de las teorías absolutistas, que conciben la pena como “exigencia absoluta de justicia” (Mir Puig, 1982).

La justicia retributiva plantea que frente a un mal causado debe producirse un mal a quien lo generó, no importa si la persona entiende la gravedad de su acción, si se reinserta socialmente o si el resto de la sociedad recibe un mensaje intimidatorio o de la importancia de los bienes jurídicos protegidos.

Aunque la teoría retributiva de la función de las penas ha resurgido dada la imposibilidad de la prevención total del delito, ese renacimiento es tímido. Aún se mantiene con mayor número de seguidores la teoría de la prevención, y más específicamente de la prevención general positiva⁵ por responder a los principios propios de los Estados Constitucionales de Derecho.

Al respecto, el autor español Mir Puig (1982) señala:

[Q]ueda descartada, en el modelo de Estado que acoge la Constitución, una concepción de la pena que funde su ejercicio en la exigencia ético-jurídica de retribución por el mal cometido. En el Estado Social y Democrático de Derecho sancionado en el artículo 1.0, 1, de la Constitución, el ejercicio del poder y, por tanto, del poder penal solo pueden concebirse como exigencias de una política social al servicio de los ciudadanos: El Derecho Penal solo puede intervenir cuando resulte absolutamente necesario para proteger a los ciudadanos. Ello permite fundar político-constitucionalmente y esta es la conclusión a que quería llegar la función de prevención de la pena (p. 37).

⁵ Mir Puig (1982): “No sería admisible acudir al concepto de la prevención general estabilizadora [también denominada prevención general positiva], integradora o positiva para exigir o permitir que la prevención general fuera más lejos y ampliara sus cometidos más allá de la intimidación, añadiendo la voluntad de internalizar valores”. (pp. 38)

I.b. Justicia retributiva en ordenamientos jurídicos occidentales actuales.

A pesar de que en el mundo occidental se han planteado Estados Constitucionales de Derecho y, en consecuencia, sus sistemas penales deben ser de prevención general positiva, la realidad es que algunos autores los consideran retributivos de facto. Por ejemplo, según Márquez (2007) estos sistemas son “altamente estructurados y formales, que dependen fuertemente del encarcelamiento y de los poderes del Estado para mantener el orden social” (pp. 201), siendo esta la forma “tradicional” de la justicia penal. Para Durán (2011), en la justicia retributiva se parte de la visión de que la culpabilidad de un criminal solo es compensada con la imposición de una pena, que será tan severa como lo haya sido su crimen.

Lo anterior, quiere decir que la justificación real de la pena en la justicia retributiva es la “realización de la justicia como valor ideal” (Durán, 2011, pp. 126). En efecto, retribucionistas modernos como Michael Moore (1997) argumentan que la piedra angular de la justicia retributiva es que los criminales merecen ser castigados, y todo lo que surja de ello, como la prevención, la disuasión, o la inhabilitación de ciudadanos peligrosos para el resto de la sociedad, son solo efectos secundarios de la pena, pero no el objetivo principal.

Xiomara Arias et. al (2011) lo resume de forma impecable: “La justicia penal retributiva [...] se pregunta primero qué ley se infringió, quién lo hizo y cómo se castigará al ofensor [...] busca una responsabilidad pasiva, una imputación subjetiva y una pena” (p. 8). Ahora bien, dentro de la justicia retributiva cabe destacar el caso de las llamadas penas radicales, entendidas como aquellas “radicalmente indiferentes a la vida del individuo condenado” (Umaña & Pires, 2016, pp. 880) es decir, la pena de muerte y la prisión perpetua o de largo plazo⁶, que traen consigo la muerte física y la “muerte social” del ofensor, respectivamente. En Occidente, si bien más de una docena de países mantienen la pena de muerte en su legislación, solo Estados Unidos y Bielorrusia la utilizan con frecuencia⁷. En cuanto a la sentencia a cadena perpetua, en la mayoría de los Estados occidentales aún es legal y en los que no, se establecen penas que pueden considerarse de largo plazo según el Consejo de Europa y la Oficina de las Naciones Unidas con-

⁶ No hay consenso en la doctrina frente a lo que debe definirse como “sentencia de largo plazo”. No obstante, en su Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones (2013) la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito utiliza como referencia una recomendación del Consejo de Europa (2003) que considera que el umbral de una sentencia de prisión a largo plazo es de cinco años o más.

⁷ Según la Base de Datos sobre Pena de Muerte de la Universidad de Cornell, en el año 2018 Estados Unidos ejecutó a 25 personas y Bielorrusia a 4. En América y el Caribe, la última ejecución fuera de Estados Unidos ocurrió en San Cristóbal y Nieves en 2008 (Amnistía Internacio-

tra la Droga y el Delito, por lo que se puede concluir que todos los países considerados occidentales incurrir en penas radicales.

Incluso en el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Penal Internacional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la justicia retributiva convive en la práctica con otras concepciones de la justicia. Por ejemplo, el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949 permite la aplicación de la pena de muerte bajo ciertos supuestos (Umaña & Pires, 2016), mientras que el Estatuto de Roma de 2002 en su artículo 77 permite la imposición de penas radicales –cadena perpetua– cuando “lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado” y la reclusión por un máximo de 30 años.

En cuanto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, destaca la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman vs Uruguay*, del 24 de febrero de 2011, en la que se señala que la Ley de Amnistía Uruguaya de 1986 (votada a favor en dos referéndums populares) violaba la Convención Americana de Derechos Humanos:

188. La obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no solo se desprenden de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados Parte, sino que, según el Estado de que se trate, además deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas, peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos.

189. La referida obligación internacional de procesar y, si se determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Para Fernández (2017), el lenguaje de la Corte “es contundente en establecer que los Estados miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen un deber de castigar a los perpetradores de violaciones de los derechos humanos” (pp. 253), lo que según Filippini (2012) significa que “el discurso legal –y el de la Corte-IDH no es la excepción– continúa asimilando [...] las ideas de reproche, sanción y castigo, naturalizando, en gran medida, que la prisión es la forma de referencia para expresar la máxima reprobación social en una comunidad” (p. 190).

Sobre este particular, para el caso de graves violaciones de derechos humanos, la Corte Interamericana ha entendido la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles que la impunidad propicia la repetición crónica de violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares” (Caso Panigua Morales y otros vs Guatemala, 1996, párr. 173). En este contexto, la discusión expone una tensión entre los compromisos adquiridos en virtud de tratados de derechos humanos y la soberanía, que desde el sistema interamericano se ha decantado en función de la idea de que no toda sanción necesariamente implica la imposición de una pena privativa de libertad, pero la obligación de combatir impunidad no podría eludirse, abriendo el camino para otras medidas.

En esa misma línea, la Corte ha señalado que una “forma de combatir la impunidad, que el Estado debe, en un plazo razonable, investigar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, la conducta de los funcionarios que obstaculizaron la investigación y permitieron que permaneciera en impunidad desde que ocurrieron los hechos y, luego de un debido proceso, aplicar, si es el caso, las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables” (Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs El Salvador, 2013, párr. 326). De lo anterior se concluye que no solo la sanción penal como la pena privativa de libertad podría satisfacer la demanda de justicia como retribución, en los términos de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

En cuanto al ordenamiento jurídico venezolano, se puede sostener que actualmente es de carácter retributivo, aunque está concebido teóricamente en el marco de la prevención general positiva. Tradicionalmente, el proceso penal era arcaico e inquisitorio. “[L]a costumbre era primero hacer preso al sospechoso y luego investigar [...] no se percibía ninguna relación entre el crimen y el castigo y, en el fondo, el castigo era el proceso” (Alguindigue & Pérez-Perdomo, 2013, pp. 124). Una reforma penal llevada a cabo a finales de los años noventa pretendió modificar esas concepciones anticuadas. El Código Orgánico Procesal Penal de 1999 limitaba la actuación de los cuerpos de seguridad y la prisión preventiva, lo que se percibió como “muy favorable a los delincuentes” (Alguindigue & Pérez-Perdomo, 2013, pp. 125) y tuvo una respuesta negativa frente a una sociedad que tradicionalmente asocia justicia con castigo severo. Esa fue una de las razones por las cuales el COPP fue modificado a los 11 meses de entrar en vigencia, en agosto del año 2000, y una vez más, en noviembre de 2001:

Restringiendo nuevamente, y de manera más tajante, el principio general del juzgamiento en libertad, a través del incremento de los lapsos para la presentación de actos conclusivos y la restricción del uso de medidas alternas a la prosecución del proceso. Se extendió el lapso de detención preventiva [...] amplió el plazo para la presentación del acto conclusivo [...] restringió el otorgamiento de acuerdos reparatorios y la aplicación de la suspensión condicional del proceso (Alguindigue & Pérez-Perdomo, 2013, pp. 126).

En 2006, 2008, 2009 y 2012 hubo nuevas reformas. En el COPP vigente, de junio de 2012, “[se] contradicen también otros principios de rango constitucional: derecho a la defensa, participación ciudadana, contradicción, inmediatez, concentración, publicidad, debido proceso, igualdad entre las partes, titularidad de la acción penal, es decir, casi todos los principios que aún aparecen indicados en la Constitución y en el título inicial de la misma ley” (Alguindigue & Pérez-Perdomo, 2013, pp. 128).

Sin embargo y de forma contradictoria con las reformas acaecidas en el derecho penal, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 genera y promueve los medios alternativos de resolución de conflictos, incluyendo la justicia de paz (artículo 258), plantea que las penas deben derivar en la reinserción social del penado (artículo

272) y que no habrán penas perpetuas o infamantes (artículo 44.3) ni nadie podrá ser sometido “a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (artículo 46.1).

I.c Justicia Retributiva en ordenamientos jurídicos orientales actuales: La Ley Sharia

Tal como se mencionó anteriormente, la justicia retributiva está presente en varios textos religiosos antiguos, incluido el Corán, fuente principal de la Sharia, la cual es la ley islámica. Aunque el islam es la más reciente de las tres religiones monoteístas, es la que más crece en el mundo, siendo en la actualidad la segunda religión con más seguidores en el mundo (Escobedo, 2017). Al ser un derecho religioso, la Sharia difiere de los derechos laicos modernos en que es inmutable, pues proviene de la palabra divina revelada por Alá directamente a Mahoma, su profeta, conteniendo así una “legalidad revelada”. Por ende, la sociedad debe adaptarse al derecho y no al revés, y significa que la Sharia permea todas las áreas de la vida (Zweigert & Kötz, 1998).

Según Maside (2005), quien infringe lo establecido en la Sharia “aparte de consumir una infracción penal comete, además, un pecado” (pp. 516). El derecho islámico cuenta con variadas fuentes de derecho, entre las que se incluyen el Corán, la sunna (costumbre del profeta), la iymá (la costumbre de la comunidad) y la quiyá (analogía).

A diferencia de lo que ocurre en otras religiones, como el catolicismo, en el islam no hay una estructura jerárquica, por lo que las interpretaciones de la Sharia varían dependiendo de las escuelas jurídico-islámicas de las que se sea parte. La aplicación de la ley islámica varía de país a país. En Irán, Yemen, Arabia Saudita, Pakistán y Bahréin, la Sharia es la base del derecho y las políticas públicas. Incluso en aquellas sociedades de mayoría musulmana cuyo ordenamiento jurídico no depende en su totalidad de la religión, castigos establecidos en la Sharia pueden ser ejecutados por musulmanes que no creen en el derecho penal estatal (Ghassemi, 2009).

En el islam, los castigos corporales son comunes, y se encuentran establecidos en el Corán y la sunna, siendo estos los hudud (castigos determinados por el legislador

divino). Crímenes como el adulterio y el consumo de alcohol son penados con entre 75 y 100 latigazos, mientras que la rebelión y el hurto son castigados con la amputación. Hay un tipo particular de crimen, conocido como Qisas (retaliación), en el cual el castigo es la pena de muerte: “¡Oh, creyentes! Se os ha establecido la ley del talión en caso de homicidio: el libre por el libre, el esclavo por el esclavo, sean hombres o mujeres” (Al-Baqarah, 2, Versículo 178). Sin embargo, los familiares de las víctimas pueden indultar la pena de muerte al aceptar la Diya (dinero de sangre), es decir, una indemnización monetaria (Ghassemi, 2009).

II. JUSTICIA RESTAURATIVA

II.a Una aproximación al concepto de justicia restaurativa

Como se estableció supra, la justicia tradicional –siempre y cuando se observen todas las garantías procesales y se respeten los derechos humanos– logra resolver muchas veces el conflicto que llevó a las partes a acudir a los órganos de administración de justicia. Sin embargo, la justicia penal de carácter retributivo aparta a las víctimas del proceso, pues el Estado, a través del Ministerio Público, se erige como parte primaria (junto al ofensor), desdibujándolas de la resolución del problema.

Si bien es innegable la existencia de un derecho al “acceso a la justicia” consagrado tanto en la Constitución como en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que incluye expresamente la posibilidad de que los individuos puedan acudir a los tribunales para la protección de sus derechos, ello no implica per se que el proceso de judicialización bajo un enfoque retributivo de la justicia, sea siempre una herramienta para la solución del conflicto o coadyuvante para aliviar el sufrimiento de las víctimas, ya que en oportunidades, puede exacerbar el conflicto en lugar de contribuir a la paz social.

Bajo el contexto descrito surge la justicia restaurativa, que implica comprender que el proceso de justicia, verdad y reparación del daño no se circunscribe solamente a dar la “razón” a una de las partes, y “castigar” a la otra, sino que le atribuye un valor propio al proceso de justicia, entendiéndolo como un ejercicio participativo, con la capacidad de restaurar o transformar los vínculos sociales que pudieron haber sido afectados por el conflicto o el abuso masivo y sistemático de derechos humanos (Zehr, 2002), al balancear “las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes” (Naciones Unidas, 2006, pp.6).

Según la Organización de las Naciones Unidas (2002) la justicia restaurativa es todo aquel proceso “en el que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas de tal acción delictiva, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos

se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias” (párr. 2).

Esta justicia tiene su origen en las prácticas de mediación identificadas en instituciones de la justicia indígena o comunitaria en Nueva Zelanda, Canadá, África, Australia y América Latina. Es debido a esto que la justicia restaurativa tiene como reto principal la operatividad en contextos de violaciones masivas a los derechos humanos.

Sierra Leona y Uganda son dos casos a nivel mundial en donde los procesos restaurativos lograron ser aplicados de forma exitosa, a pesar de un contexto complejo y de graves violaciones a los derechos humanos (Bolívar, 2009). En Sierra Leona, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, como parte de sus mecanismos para la lucha contra la impunidad, celebró audiencias con un enfoque restaurativo donde líderes comunitarios o religiosos participaron como facilitadores sobre las jurisdicciones y leyes o normas consuetudinarias de los grupos étnicos presentes en el país.

Por su parte, en Uganda, el Acuerdo de Juba sobre Rendición de Cuentas y Reconciliación de 2007, incluyó medidas con enfoque restaurativo. Al incorporar a los procesos de justicia tradicionales, como normas comunitarias, se buscaba evitar que estos fueran vistos como una imposición foránea, para así lograr una legitimidad más amplia y mayor eficacia, algo que resulta clave en contextos de debilidad institucional donde existen cuestionamientos sobre los tribunales tradicionales.

II.b. Objetivos de la justicia restaurativa

A diferencia de los tradicionales procesos de justicia retributiva, en los que el fin es hacer justicia a través de la imposición de una pena, vista esta como un “mal establecido a quien causó un mal”; en la justicia restaurativa el objetivo principal es que el proceso por medio del cual se llega a la solución del conflicto ayude a reparar y transformar las relaciones de la víctima con su ofensor, en la comunidad y en el sistema de justicia, trabajando con la participación total de las víctimas y las comunidades involucradas, discutiendo e identificando los hechos y las causas de los delitos para definir las consecuencias y sanciones.

Por esta razón hay un particular esfuerzo en el proceso de mediación y se da especial importancia al arrepentimiento, la aceptación de responsabilidades y las medidas de reparación a cargo de los autores del delito (Umaña y Tonche, 2015).

Como ha sido reconocido en el Principio 9 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, sobre justicia restaurativa en materia penal del año 2002 los procesos restaurativos, además, deben atender los aspectos culturales. En este sentido, entre los elementos que caracterizan los mecanismos de justicia restaurativa está el hecho de que involucra a la comunidad haciendo énfasis en la reconciliación y restauración de la armonía social, algo que resulta propio de comunidades pequeñas como pueblos indígenas u otras con fuertes lazos culturales o tradicionales. Esto puede incluir la participación de facilitadores pertenecientes a la misma comunidad, que son nombrados según su estatus, edad o linaje y que buscan mediar en un proceso frecuentemente flexible y voluntario en el que las decisiones, penalidades y reparaciones son el resultado de acuerdos entre las partes en los que interviene la comunidad, la cual las asegura a través de la presión social y rituales para lograr la reintegración, lo cual a la vez puede poner a una de las partes en una situación de desventaja indebida durante los procesos restaurativos (Naciones Unidas 2002. Párr. 35).

El enfoque de justicia restaurativa ha sido estudiado en el contexto de los procesos penales, contenido en los Principios Básicos de las Naciones Unidas, sobre justicia restaurativa en materia penal del año 2002, y donde se establece que para que un proceso alcance sus objetivos restaurativos se requiere que:

- Exista una víctima identificable y que participe libre y voluntariamente;
- Que el delincuente decida participar libre y voluntariamente aceptando la responsabilidad de su comportamiento delictivo;
- Que se logre una dinámica entre las partes involucradas en la que los intereses y las necesidades de la víctima, del delincuente, de la comunidad y de la sociedad puedan ser atendidos;

Una vez que estos elementos se cumplan, es necesario que también se ejecuten varias premisas subyacentes:

- La respuesta al delito debe reparar en lo posible el daño sufrido por la víctima;

- Los delincuentes deben entender que su comportamiento no es aceptable y que tuvo consecuencias reales para la víctima y la comunidad;
- Los delincuentes pueden y deben aceptar la responsabilidad de sus acciones;
- Las víctimas deben tener la oportunidad de expresar sus necesidades y de participar en el proceso que determinará la mejor manera para que el delincuente repare los daños; y
- La comunidad tiene la responsabilidad de contribuir en el proceso (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2006, pág. 8).

Los mecanismos restaurativos pueden actuar en complemento de la justicia ordinaria, para “recomponer las relaciones entre víctima y victimario desde una perspectiva no punitiva basada en el reconocimiento y resarcimiento de los daños” (Saffon, 2019, pp. 61). La ampliación de los espacios de participación para las víctimas, la sociedad civil y la comunidad contribuye a superar a la “justicia sesgada”, también conocida como “justicia de los vencedores” que puede ocurrir en escenarios postconflicto.

No obstante y a pesar de todos sus beneficios, como fue señalado anteriormente, en el Informe de la Reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa (Naciones Unidas, 2002) identificó algunos de los riesgos de la justicia restaurativa. Por ejemplo, dentro de un mismo ordenamiento jurídico podrían generarse tensiones entre los mecanismos con enfoque restaurativo y los mecanismos ordinarios, en detrimento de los primeros; los ofensores también podrían reclamar el tratamiento diferenciado como un atentado a sus derechos. Finalmente podría ocurrir que las divisiones sociales existentes se incrementen, por ejemplo, si se percibe que las personas encargadas de liderar los procesos no son imparciales. Esto último, además, afectaría las garantías judiciales de los acusados.

II.c. Espacios para los procesos restaurativos en Venezuela

Es posible identificar algunos elementos de justicia restaurativa en la generalidad de la legislación venezolana, especialmente en el ámbito patrimonial y familiar. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), en su artículo 258, dispone la incorporación de la Justicia de Paz al sistema de justicia, y añade que “la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

Por su parte, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), en el artículo 308 y siguientes, se establece el procedimiento para la conciliación ante la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes, que entiende que es primordial la restauración y el mantenimiento de las relaciones familiares, privilegiando, por ejemplo, el acuerdo entre los padres tanto en instancias extrajudiciales o administrativas como judiciales.

Igualmente, en el ámbito civil y mercantil existen espacios que permiten alcanzar acuerdos sin llegar a instancias judiciales. Esto también ocurre en el ámbito de los conflictos laborales, tanto en sede judicial como en las instancias administrativas, justificados en la importancia de mantener la relación entre el trabajador y el patrono. En el ámbito penal, a pesar de tener una larga tradición retributiva de facto, también pueden hallarse elementos restaurativos, tales como:

La LOPNNA, respecto al sistema penal de responsabilidad de adolescentes en los artículos 564 y siguientes, estipula la posibilidad de soluciones anticipadas del conflicto en la forma de conciliación o acuerdos a propuesta del Ministerio Público o la defensa, en casos en los que la sanción no implique pena privativa de libertad. En este caso, el acuerdo queda plasmado en un acta que debe presentarse al tribunal, donde al verificarse el cumplimiento se produce el sobreseimiento de la causa, y en caso de incumplimiento se continúa con el procedimiento.

Los acuerdos reparatorios previstos en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), en los artículos 40 y 41, como una de las formas alternativa a la prosecución del proceso, también constituyen tanto una forma de solución anticipada del proceso penal como una forma de restauración, que puede poner fin al proceso desde su fase preparatoria siempre y cuando se cuente con el consentimiento libre de las partes y el hecho punible corresponda a bienes jurídicos de carácter patrimonial o en casos de delitos culposos contra personas, exceptuando aquellos en los que haya ocurrido una muerte o una grave afectación permanente de la integridad física de las personas.

Para algunos autores, estas disposiciones son “acuerdos que buscan la reparación, sin embargo, descuidan la importancia de restaurar la relación social a través de la reconciliación entre las partes” (Núñez, 2010, pp. 145-161). No obstante, y a pesar de la validez de esta aseveración, es importante destacar que el artículo 258 CRBV no

limita de forma expresa las posibilidades, materias o jurisdicciones en las cuales puedan aplicarse “los medios alternativos para la solución de conflictos”, como tampoco los restringe a jurisdicciones específicas.

Por otro lado, no debe perderse de vista el valor que la CRBV atribuyó al concepto de participación, elemento clave de los procesos restaurativos. Ello queda plasmado claramente en varias disposiciones constitucionales, pero en particular en el preámbulo que sostiene como “fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica (...)”.

En adición a lo antes expuesto, deben observarse igualmente las previsiones de los artículos 29 y 30 que disponen la obligación estatal de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por las autoridades, quedando expresamente excluidos de cualquier beneficio que pueda conllevar a su impunidad; y además la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables.

Según lo analizado supra, parece que la CRBV tiene elementos suficientes en su texto que hacen posible la incorporación de mecanismos restaurativos que permitan matizar los efectos de la justicia retributiva tradicional. Esta amplitud constitucional puede ser clave para la eventual estructuración de un sistema de justicia transicional en el país y los elementos participativos pueden contribuir al proceso de restauración, resultando especialmente útiles para restablecer las relaciones comunitarias entre víctima y ofensor, sin perjuicio de la imposición de penas alternativas u otras formas de cumplimiento del deber de reparar, que no necesariamente se agotan en la forma de penas privativas de libertad.

II.d. Los procesos restaurativos desde la perspectiva de las reparaciones integrales con enfoque transformador

Una vez revisadas las posibilidades de implementación de procesos restaurativos en Venezuela, se deben identificar las garantías y mecanismos tendientes tanto a

reparar a las víctimas como a restablecer los lazos o vínculos comunitarios y sociales que pudieron haber sido afectados por el conflicto. El espacio para estas medidas que logren recomponer tanto los vínculos comunitarios y sociales como la reparación de las víctimas, requiere tanto la participación de víctimas y ofensores en el proceso de justicia, como de las comunidades afectadas en función de lograr una medida de reparación integral.

La Corte Interamericana ha señalado que la reparación integral incluye no solamente la compensación económica por cuanto:

“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, este Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.” (Caso Ramírez Escobar y otros. 2018 párr. 317).

En ese sentido, la Corte, al igual que ha sido reconocido en el ámbito de Naciones Unidas, conforme a los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (Naciones Unidas, 2005) los cuales lejos de adoptar una definición única ofrecen una serie de ejemplos, en cuanto al alcance de estas medidas. En este sentido los principios 19 al 23 refieren que:

“**19.** La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución compren-

de, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

20. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: (a) El daño físico o mental; (b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; (c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; (d) Los perjuicios morales; (e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

21. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: (a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; (b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; (c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; (d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; (e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; (f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; (g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; (h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

23. Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: (a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; (b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; (c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; (d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; (e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; (f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; (g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; (h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.”

Un componente clave de las reparaciones integrales es el evitar que el individuo afectado sea vulnerable a procesos de revictimización o a nuevas violaciones de derechos humanos. Por ende, deben tomarse las acciones necesarias para generar un cambio en el contexto en el que se desenvuelve la víctima. A esto es lo que se le conoce como reparación transformadora. El enfoque de las denominadas “reparaciones transformadoras” pretende también superar las barreras en el acceso a la justicia vinculadas a la existencia de instituciones ineficaces para solucionar las exigencias de la reparación integral. Asimismo, las barreras derivadas de condicionamientos sociales o económicos, frente a las cuales la simple medida de reparación integral resulta insuficiente, pues “si se pretende devolver a la víctima a la condición anterior a la violación, se le condenaría a vivir en condiciones de pobreza y exclusión” (Rondón y Carillo, 2017, pág. 16).

Es decir, en este caso se generaría mayor vulnerabilidad y aumentarían las posibilidades de volver a sufrir violaciones de los derechos humanos. Por ende, “los Estados deben implementar el nuevo enfoque de la reparación transformadora que suprima por completo la victimización y revictimización que posiblemente pueda producirse” (Saffon, 2019, pp. 67).

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha incorporado al concepto de “reparación integral” a las reparaciones transformadoras, específicamente en el caso *González y otras vs México* (2009):

“[E]l concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado [...], las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que estas se consideren una doble reparación” (Párr. 450).

Se entiende pues, que la noción de “reparación” en situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos en sociedades con profundas desigualdades requiere ser comprendida, como un proceso que permite impulsar transformaciones democráticas que contribuyan a superar situaciones de exclusión que sirvieron de contexto a la violencia y violaciones de derechos humanos generalizadas, y no solo como un simple mecanismo adjudicativo de administración de justicia.

III. IDEAS SOBRE LINEAMIENTOS PARA EL DISEÑO DE REPARACIONES EN UN PROCESO DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN VENEZUELA

Para Umaña y Tonche (2015, p. 9), con información de Melo, Ednir y Yazbek (2008, p. 192), en la justicia retributiva el crimen es determinado como la violación de una norma jurídica, cuyo daño es definido en abstracto y la ofensa es establecida en términos técnico-jurídicos. En contraste, en la justicia restaurativa el crimen puede definirse en concreto, entendido en un contexto social, moral, económico y político, como la afectación de las relaciones sociales y los individuos.

Además, en la justicia retributiva el Estado (asumiendo el lugar de víctima) y el ofensor son las partes primarias del juicio, mientras que las necesidades y derechos de la víctima real son periféricas, al igual que las afectaciones del ofensor. Al contrario, en los procesos restaurativos las víctimas reales son las personas y las relaciones, y tanto la víctima como el ofensor son considerados las partes primarias, siendo las dimensiones interpersonales centrales en el juicio y las afectaciones del ofensor tienen relevancia.

En la justicia retributiva las dimensiones interpersonales del crimen no son relevantes y la naturaleza conflictiva del hecho no se reconoce abiertamente; mientras que en la restaurativa es lo contrario.

Finalmente, en la justicia retributiva el ofensor es estigmatizado por la sociedad, marcándolo para siempre con la etiqueta de “criminal” (Márquez, 2007).

Precisamente por estas características es que la justicia retributiva ha sido fuertemente criticada, cuando se le compara con la más novedosa justicia restaurativa. De hecho, para Dancig-Rosenberg y Gal (2013) la justicia restaurativa surge gracias a las críticas a la justicia penal tradicional, que tiene un enfoque punitivo, poca efectividad en la reducción del crimen y no toma en cuenta las necesidades de la víctima, la cual, para Márquez (2007) “ha sido despojada de su conflicto, es decir, el Estado secuestra el conflicto penal [dirigiendo] toda su atención a la persecución y sanción del autor del hecho,

olvidando las necesidades de protección, respeto y consideración de quien ha sufrido la acción delictiva” (pp. 211), lo que trae consigo la “deshumanización” del proceso.

Para Umaña y Pires (2015), las penas radicales entran en una contradicción con los valores que la sociedad pretende resguardar (por ejemplo, imponer la pena de muerte como castigo por violar el derecho a la vida), algo que puede realizarse con mayor efectividad a través de procesos restaurativos. De hecho, los ordenamientos jurídicos orientales basados en la Sharia son criticados por lo mismo, sumado a que el principio de proporcionalidad –como es entendido en el derecho occidental– parece no encontrarse (la amputación de un miembro por un hurto, por ejemplo).

Todo lo anterior genera la “inhumanidad” de la pena radical: “La autoridad se concentra en lo que el otro hizo, sin observar lo que ella misma está haciendo frente al acto reprochado” (Umaña & Pires, 2016, pp. 882).

Así, pues, también ha sido criticado el uso de la justicia retributiva en el núcleo duro de los derechos humanos. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman vs Uruguay* ha sido criticado por “afirmar que la persecución penal es la única forma admisible de lidiar con las violaciones de derechos humanos pasadas [...] y por su carácter fuertemente antidemocrático, al ignorar la voluntad del pueblo uruguayo expresada en los dos referéndum” (Fernández, 2017, pp. 254).

Gargarella (2015) también demuestra su descontento con esta sentencia, al considerar que en las democracias los ciudadanos tienen el derecho de reflexionar sobre los castigos, incluso aquellos relacionados con gravísimas violaciones de los derechos humanos:

Yendo entonces a cómo es que la Corte-IDH trató la cuestión del castigo en el caso *Gelman*, nos encontramos con lo que podemos llamar el problema de la diversidad del reproche estatal posibles, en manos del Estado. El problema en el que pienso emerge cuando no se reconoce que un Estado democrático tiene, y debe tener, la posibilidad de escoger de qué forma es que quiere reprochar ciertos crímenes (y, agregaría, más aún, los peores crímenes a los que se ha visto enfrentado); y que esa forma puede incluir, o no, la modalidad del castigo tal cual hoy la conocemos y practicamos [...] Por supuesto, mi intención no es la de afirmar la idea según la cual el castigo penal es la peor opción a nuestro alcance, frente a la producción de crí-

menes masivos. De lo que se trata es, simplemente, de afirmar que la opción en juego no es fácil de justificar y ello, mucho menos, teniendo en cuenta que existen alternativas, que aparecen como igual o más razonables que la alternativa punitiva (párr. 38 y 41).

Es por todo ello que algunos autores no consideran a la justicia retributiva adecuada para un proceso de justicia transicional. Güiza y Uprimny (s.f.) consideran que la retribución fue viable en la segunda posguerra mundial porque hubo una derrota militar, que permitió que “los imperativos de castigo [fueran] comprendidos como absolutos y, por lo tanto, los responsables de esas atrocidades [fueran] sancionados muy severamente” (párr. 2) a través de una justicia de vencedores, en la cual no se tomó en cuenta los crímenes de guerra cometidos por los aliados. Sin embargo, en procesos transicionales negociados que no son producto de un conflicto armado con victoriosos absolutos –como puede ser el caso de una eventual transición en Venezuela– es imposible que haya un enfoque punitivo total, en el que el mal producido genere un mal como pena. Ello podría afectar un proceso de reconciliación, porque quienes resulten penados partiendo de esta perspectiva, pueden percibir todo como una venganza por falta de proporcionalidad, culpabilidad y legalidad, y la sociedad en general no recibirá el mensaje que le permita internalizar valores y en consecuencia avanzar hacia la no repetición.

No obstante, hay que entender también que la justicia restaurativa no se encuentra necesariamente opuesta a la prisión como forma de sanción, pues ambas prácticas pueden aplicarse de forma paralela, como se desprende de los ejemplos de Sierra Leona y Uganda. De tal manera, que algunos posibles lineamientos para el futuro diseño de reparaciones en un proceso de justicia transicional en el país, son los siguientes:

- Para el caso venezolano, debe crearse un sistema de justicia transicional que trabaje de forma paralela al sistema de justicia ordinario, pues este último, además de no ser realmente autónomo, independiente e imparcial, se encuentra colapsado, por lo que en el corto plazo no podría atender de manera eficiente una tarea titánica como lo sería la investigación de graves violaciones de los derechos humanos y la posible comisión de crímenes de lesa humanidad.
- Asimismo, debe evaluarse la posibilidad de un sistema mixto: que exista un mecanismo extrajudicial que pueda realizar investigaciones independientes e imparciales con capacidad para asignar responsabilidad al Estado, así como la reconstrucción de la memoria histórica e impulsar medidas de no repetición tales como modificación de legislación; y que la responsabilidad individual sea competencia

del sistema de justicia formal, utilizando los mecanismos restaurativos que puede ofrecer el sistema judicial venezolano, a la par de los más punitivos, pues así se fortalecería el proceso de reinstitucionalización, estableciendo adecuadamente los mecanismos de coordinación y valoración de prueba entre ambas instituciones.

■ Entre los hechos punibles que deberán ser penados, se encuentran los crímenes atroces atribuibles a altos funcionarios del Estado, las violaciones graves de derechos humanos que se constituyan en delitos conforme al ordenamiento jurídico venezolano y la gran corrupción. Las sanciones alternativas, a su vez, deberán aplicarse a aquellos hechos que, tras una investigación independiente e imparcial, se determine que no formaron parte de los hechos punibles descritos anteriormente, por lo que sería viable la imposición de sanciones y no penas en prisión. Estas sanciones también pudieran aplicarse a funcionarios partícipes de los hechos punibles, siempre y cuando no sean sus autores y den muestras claras de arrepentimiento y colaboración en la búsqueda de la verdad.

■ Durante todo este proceso de transición, debe darse prioridad a la necesidad de las víctimas: 1) Información (¿por qué?); 2) Narración de los hechos (¿cómo ocurrió? Es importante ser escuchado); 3) Recuperación del control (¿qué ocurre al poder involucrarse en el proceso judicial?) y 4) Reparación integral (restitución, indemnización, rehabilitación, verdad, memoria y garantías de no repetición). (Zehr, 2002). Estos procesos deben garantizar que dichos procesos se realicen con diligencia y garantizando la debida participación de las víctimas de acuerdo con los estándares internacionales aplicables⁸.

■ De igual forma, las afectaciones al ofensor deben ser tomadas en cuenta. Justamente, en los procesos puramente retributivos el interés es castigar a los victimarios, y, por ende, hay poco que los motive a realmente comprender las consecuencias de sus actos o desarrollar empatía hacia las víctimas, lo que dificulta un arrepentimiento verdadero y que se asuma la responsabilidad de sus acciones. Consideramos pues, de acuerdo con Zehr (2002), que en este sistema de justicia transicional mixto debe intentar generarse en el ofensor:

8 Ver por ejemplo Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 219 e igualmente Naciones Unidas: Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

1) Una responsabilidad activa, que fomente la empatía; **2)** Una motivación para la transformación personal; **3)** Oportunidades para la correcta reinserción en la sociedad.

Las propuestas descritas resumen a grandes rasgos los lineamientos mínimos para el diseño de reparaciones en el marco de un sistema de justicia transicional en Venezuela, conforme a la visión de justicia que es deseable para este tipo de contextos. No se pretende que el elenco propuesto sean variables inalteradas para el análisis del tema. A través del desarrollo de este trabajo se ha intentado reivindicar la necesidad del uso de la justicia restaurativa en cualquier proceso de diseño, estructuración y aplicación de justicia transicional en Venezuela, dejando atrás cualquier clase de remisión a la justicia retributiva, aplicada en el plano de los hechos en el sistema ordinario de justicia penal nacional.

La concreción de los anhelos de verdad, justicia y reparación de las víctimas de violaciones de derechos no será una tarea sencilla, incluso, es válido advertir que posiblemente la satisfacción total de las víctimas sea una tarea utópica, no obstante, el pensamiento futuro sobre los caminos que hay que recorrer en materia de derechos humanos en Venezuela y, particularmente, en cuanto al enfoque de justicia deseable para acometer tan complicadas labores, es un deber que ha sido visualizado por las instituciones que han realizado la presente investigación.

Referencias bibliográficas

Abuchaibe, H.; Gómez-Suárez, A. & Umaña, C. (s.f.). “Justicia restaurativa: oportunidades y retos para construir una paz estable y duradera”. Cuadernos de Paz N°1. Colombia: Defensoría del Pueblo.

Alguindigue, C. & Pérez-Perdomo, R. (2013). “Revolución y proceso penal en Venezuela” (1999-2012). Anales de la Universidad Metropolitana, Vol. 13, No. 2, pp. 119-144.

Arias, X. (2011). Programa de Justicia Restaurativa en el Poder Judicial. Costa Rica: Poder Judicial de Costa Rica.

Bolívar, A. (2009) “Mecanismos de reparación en perspectiva comparada (2009)” en Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).

Beristain, C. (2004) “Reconciliación luego de conflictos violentos: un marco teórico” en Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social. Instituto Interamericano de Derechos Humanos- Institute for Democracy and Electoral Assistance, pp. 15-52

Caso Gelman vs Uruguay, Serie C No. 221 Corte-IDH (2011)

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México, Serie C No. 205 Corte-IDH (2009)

Caso La Cruz Flores vs Perú, Serie C No.115 Corte-IDH (2004)

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs El Salvador, Serie C No. 264 Corte-IDH (2013)

Caso Panigua Morales y otros vs Guatemala, Serie C No. 23 Corte-IDH (1996)

Corte Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Serie C No. 351 Corte-IDH (2018)

Dadrian, V. (2004). “Las interrelaciones históricas y legales entre el genocidio armenio el holocausto judío: de la impunidad a la justicia retributiva”. Índice: Revista de Ciencias Sociales, N° 22, pp. 13-100.

Dancig-Rosenberg, H. & Gal, T. (2013). Restorative Criminal Justice. [Manuscrito sin publicar] Recuperado de https://www.academia.edu/19680116/Restorative_Criminal_Justice

Durán, M. (2011). “Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos”. Revista de Filosofía, Vol. 67, pp. 123-144.

Duymovich, I. (2007). “La reparación integral como mejor alternativa de satisfacción a la víctima: experiencias de la justicia restauradora en casos de delincuencia juvenil y violaciones a los derechos humanos”. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Recuperado de <https://bit.ly/2IXyEiJ>

El Corán. (2005) Versión en inglés traducida por M.A.S. Abdel Haleem. Reino Unido: Oxford University Press.

Escobedo, T. (2017, 21 de marzo). Islam: la religión que más crece a nivel mundial. CNN. Recuperado de <https://cnnespanol.cnn.com/2017/03/21/islam-la-religion-que-mas-crece-a-nivel-mundial/>

Fernández, F. (2017). “¿Retribucionismo solo para delitos de lesa humanidad?”, Lecciones y Ensayos, No. 99, pp. 247-267.

Filippini, L. (2012), “Reconocimiento y justicia penal en el caso Gelman”. Anuario de Derechos Humanos, Santiago de Chile: Universidad de Chile.

Flechtheim, O. (1947). “Hegel and the Problem of Punishment”. Journal of the History of Ideas, Vol. 8, No. 3, pp. 293-308. Recuperado de https://www.jstor.org/stable/2707144?seq=1#page_scan_tab_contents

Gargarella, R. (2015). “La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman”. Revista Latinoamericana de Derecho Internacional, 2.

Ghassemi, G. (2009). “Criminal Punishment in Islamic Societies: Empirical Study of Attitudes to Criminal Sentencing in Iran”. European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 15, N° 1-2, pp. 159-180.

Gordon, M. (2015). “From Retributive to Restorative Justice in Romans”. Direction. 44 (1). pp. 43-58.

Güiza, D. & Uprimny, R. (s.f.). “La JEP: Entre la cárcel y la justicia restaurativa”. Dejusticia. Recuperado de <https://www.Dejusticia.org/column/la-jep-entre-la-carcel-y-la-justicia-restaurativa/>

Hermann, D. (2017). “Restorative Justice and Retributive Justice: An Opportunity for Cooperation or an Occasion for Conflict in the Search for Justice”. Seattle Journal for Social Justice, Vol. 16, pp. 71-103. Recuperado de <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sjsj/vol16/iss1/11>

Leiser, B. (2001). "Capital Punishment and Retributive Justice: A reasoned response to crime". Free Inquiry. 21(3) pp. 40-42.

Márquez, A. (2007). "La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria". Prolegómenos: Derechos y Valores, Vol. 10, N° 20., pp. 201-212.

Maside, L. (2005). "Cuestiones relativas a las fuentes del derecho islámico". Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, No. 9, pp. 513-526. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/61894375.pdf>

Melo, E.; Ednir, M. & Yazbek, V. (2008). "Justicia restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul. aprendendo con os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania". Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Brasil: CECIP.

Meyer, J. (s.f.). Retributive Justice. Encyclopedia Britannica. Recuperado de <https://www.britannica.com/topic/retributive-justice>

Mir Puig, S. (1982). Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Disponible en: <http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-08/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-4/lecturas/2.pdf>

Moore, M. (1997). Placing Blame: A Theory of the Criminal Law. Reino Unido: Oxford University Press. CENIPEC, Nro. 29.2010

Naciones Unidas. Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa Anexo I principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. E/CN.15/2002/5/Add.1 de fecha 7 de enero de 2002

Naciones Unidas. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. E/CN.4/2000/62, de fecha 18 de enero de 2000

Núñez, G (2010). Justicia restaurativa y la función de le criminología: saliendo del cuarto de los espejos.

República Bolivariana de Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 36860, diciembre 30, 1999

República Bolivariana de Venezuela. Ley Orgánica de Protección para los Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 6185, junio 8, 2015

Rodgers, M. (2009). On Retributive Justice. [Manuscrito sin publicar]. Recuperado de https://www.academia.edu/192866/On_Retributive_Justice

Rondon, Betsy y Carrillo Carlos (2017) “Evolución de la reparación transformadora en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su aplicabilidad en Colombia” Recuperado de <https://www.unilibre.edu.co> Universidad Libre de Colombia, Cúcuta.

Saffon Sanín, María Paula y Tacha Gutiérrez, Viviana (2019), “La participación en las medidas de justicia transicional”. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). Bogotá.

Umaña, C. & Pires, A. (2016). Derechos Humanos y Penas Radicales: ¿Crítica o Justificación? La Recepción del Derecho Internacional Humanitario en el Código Penal Colombiano. Oñati Socio-legal Series, Vol. 6, No. 3, pp. 877-900.

Umaña, C. & Tonche, J. (2015). Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición: un acuerdo de justicia ¿restaurativa? Revista Derecho del Estado, Vol. 38, pp. 223-241.

Umbrett, M.; Vos, B.; Coates, R. & Lightfoot, E. (2005). Restorative Justice in the Twenty-First Century: A Social Movement Full of Opportunities and Pitfalls. Marquette Law Review, Vol. 89, pp. 253-304.

Uprimny, R. & Saffon, M. (2015). Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: Tensiones y Complementariedades. En Rettberg, A. ed. Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional, pp. 211-232. Colombia: Universidad de los Andes.

Zehr, H. (2002). The little book of restorative justice. Estados Unidos: Good Books.

Zweigert, K. & Kötz, H. (1998). An Introduction to Comparative Law. Reino Unido: Oxford University Press.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2006). Manual sobre programas de justicia restaurativa. Recuperado de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf