



ARTÍCULO | ARTIGO

Fermentario V. 15, N° 1 (2021)

ISSN 1688 6151

Instituto de Educación, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación,  
Universidad de la República. [www.fhuce.edu.uy](http://www.fhuce.edu.uy)  
Faculdade de Educação, UNICAMP. [www.fe.unicamp.br](http://www.fe.unicamp.br)

El desarrollo humano en el contexto de privación de libertad en  
relación con la justicia restaurativa

*Desenvolvimento humano no contexto da privação de liberdade  
em relação à justiça restaurativa*

*Human development in the context of deprivation of liberty in  
relation to restorative justice*

Leticia Terán<sup>1</sup>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9609-1418>

**DOI:** <https://doi.org/10.47965/fermen.15.1.5>

**Recibido:** 04/05/2021

**Aceptado:** 10/08/2021

## Resumen

El propósito fundamental de este artículo es reflexionar sobre la relación entre la relevancia de atender y garantizar el desarrollo humano en el contexto carcelario y los principios básicos de la «justicia restaurativa». Para ello se partirá de analizar el enfoque de capacidades como concepción filosófica de desarrollo humano, para luego tomar la matriz conceptual de la justicia restaurativa, tendiendo un puente hacia la pregunta por el vínculo entre ambos. Se tomará como enfoque específico, algunos

<sup>1</sup> Egresada del Instituto de Formación docente «Comenio». Lic. en Filosofía, FHCE, Universidad de la República. Maestranda en Ciencias Humanas. Integrante del equipo de investigación «Aportes interdisciplinarios a la formación del personal penitenciario», CSEAM.

aspectos relevantes de la situación carcelaria, siendo la Filosofía del Derecho Penal el campo a abordar para cumplir tal propósito.

*Palabras clave:* cárcel, derechos humanos, desarrollo humano, justicia

### **Resumo**

O objetivo fundamental deste artigo é refletir sobre a relação entre a relevância de abordar e garantir o desenvolvimento humano no contexto prisional e os princípios básicos da «justiça restaurativa». Para isso, começaremos a analisar a abordagem das capacidades como concepção filosófica do desenvolvimento humano e, em seguida, tomaremos a matriz conceitual da justiça restaurativa, tomando uma ponte para a questão da ligação entre os dois. Alguns aspectos relevantes da situação prisional serão tomados como uma abordagem específica, sendo a filosofia do direito penal o campo a ser abordado para cumprir esse propósito.

*Palavras-chave:* prisão, direitos humanos, desenvolvimento humano, justiça.

### **Abstract**

The fundamental purpose of this article is to reflect on the relationship between the relevance of caring for and guaranteeing human development in the prison context and the basic principles of «restorative justice». To do this, we will start by analyzing the capacity approach as a philosophical conception of human development, and then take the conceptual matrix of restorative justice, building a bridge to the question for the bond of both. Some relevant aspects of the prison situation will be taken as a specific approach, with the philosophy of criminal law as the field to be addressed in order to fulfill this purpose.

*Keywords:* prison, human rights, human development, justice

### **El desarrollo humano, un asunto de justicia**

La luz después de un tiempo prolongado de oscuridad, encandila. Este encandilamiento puede producir inestabilidad. No vemos con claridad. Después de vivir en el encierro, surgen muchas interrogantes, de las cuales, algunas podrían ser: ¿a dónde volver?, ¿cómo vivir en libertad?, ¿cómo sustentarse?, ¿cómo reencontrarse con la familia, los conocidos, los amigos?, ¿cómo regresar?.

El ser humano posee una trayectoria vital en la cual experimenta acontecimientos, crisis, logros; atraviesa transiciones, desarrolla capacidades, construye identidad, procesos todos en los cuales se forma a sí mismo, se moldea, en relación con los otros y en relación con un medio que le otorga oportunidades y límites, recursos y carencias. Si en ese sendero de transcurso temporal y espacial (multidimensional), la cárcel es una de los contextos en los que se vive, entonces hablamos de un recluso, de un preso. Desde hace ya una década en Uruguay, son llamados PPL: personas privadas de libertad, estableciendo así un acuerdo de que la privación de libertad no quita el carácter de persona, y por tanto, no borra el trayecto de vida anterior ni anula el posterior. Es decir, la privación de libertad es una circunstancia en la vida de la persona, en su trayectoria vital. Es necesario realizar una revisión sobre el frecuente hecho de que, en relación con el acto delictivo, la persona privada de libertad es denominada delincuente, y vista por la sociedad como un riesgo.

El asunto que nos interesa es preguntarnos acerca de lo que vive la persona en la situación de encierro y cómo influye dicha vivencia en su oportunidad de desarrollo humano. La pregunta puede ampliarse y profundizarse al comprender que lo vivido en forma previa y posterior al encierro, conforma una red de experiencias a manera de historia dinámica del sujeto, de su familia, de su salud, de su educación, de su formación humana. De esta forma, existirán tantos trayectos como personas, tantas historias como sujetos, tantos aprendizajes como oportunidades, tantas dificultades como carencias.

Desde los memoriales tiempos del Buda Sakyamuni, «el despierto», como fue llamado Sydharta Gautama, el sufrimiento humano ha sido una preocupación y ha llevado a pensar en el origen del mismo, las causas, su relación con el destino del sujeto y fundamentalmente, su sentido. El propio Sydharta aborda esta preocupación al encontrar, según la narración que ha trascendido, el rostro tal vez más violento del sufrimiento, la desigualdad. Veinticinco siglos después, Amartya Sen nacido en 1933 en la misma región que Sydharta, lo cita en medio de su obra *La idea de la justicia*, evidenciando en la voz de un economista, filósofo, escritor, profesor y crítico, que la causa de la preocupación sigue presente. En el marco de sus investigaciones sobre el desarrollo y haciendo especial énfasis en la hambruna, Sen presenta una mirada distinta sobre el PNB (producto nacional bruto) y el PIB (producto interno bruto) como índices exclusivos para la evaluación del desarrollo, y demostrando criterios fundamentados en un enfoque humanista y reflexivo: el enfoque de las capacidades. El mismo, apunta a valorar la vida, la libertad y la capacidad: «al evaluar nuestras vidas, tenemos razón para estar interesados no sólo en la clase de vida que conseguimos vivir, sino también en la libertad que realmente tenemos para escoger entre diferentes estilos y modos de vida» (Sen, 2010, p.257)

En la década de los ochenta, Martha Nussbaum, filósofa norteamericana, colabora con Sen en la propuesta de incorporar la filosofía moral a la economía del desarrollo, desde un enfoque de las capacidades y sobre todo en pos de una justicia social. Esta justicia, no es tomada como un ideal lejano, sino como en específico aquello que puede llegar a ser humanamente evitable: la inequidad, la irresponsabilidad y, en definitiva, la injusticia. Nussbaum, interesada en la filosofía griega y en la filosofía política, realizará sus propios aportes al enfoque planteado por Sen, y encuentra en el concepto de capacidad como agencia presentado por el economista, raíces aristotélicas del pensamiento político griego. La autora además especifica que entiende a la justicia dentro del horizonte liberal de los «mínimos políticos» y presentará una lista de capacidades que considera indispensables para el desarrollo humano, a manera de la idea aristotélica de «florecimiento», constituyendo así una propuesta política normativa que establece un umbral como criterio para pensar en la libertad, la dignidad y la justicia. Si bien la lista de Nussbaum ha enfrentado críticas en el análisis de otros autores sobre el enfoque de las capacidades, también ha constituido un lugar de reflexión específico para innumerables investigaciones sobre el desarrollo humano, la teoría de la justicia y la formación humana.

Nussbaum plantea que el enfoque de las capacidades llega a principios convergentes con los principios del filósofo Jhon Rawls, pero que constituye una propuesta que puede dar respuesta a problemas específicos de justicia con los que el propio Rawls también tuvo que enfrentarse. Particularmente, la autora señala límites en el tratamiento de algunos aspectos: la justicia hacia personas con discapacidades, justicia en cuestiones relacionadas con el trato hacia los animales no humanos y justicia vinculada a la pregunta sobre la posibilidad de ser extendida a todos los ciudadanos del mundo, «...donde los accidentes de nacimiento y de origen nacional no vicieran desde el principio y en todos los sentidos las opciones vitales de las personas» (Nussbaum, 2007, p.22). Si bien en esto Nussbaum coincide con Rawls, introduce en su obra la preocupación por la idea de dignidad humana, considerando que los diversos principios políticos relacionados con las capacidades, constituyen articulaciones (parciales) de la noción de una vida digna desde el punto de vista humano. Analizando las teorías contractualistas, incluida la de Rawls, Nussbaum considera que es la ventaja recíproca de los participantes, la que los nuclea, pudiéndose suponer una «igualdad aproximada» y por ello la autora sentencia que estas teorías nos hacen suponer una buena forma de entender la cooperación y la justicia social; sin embargo, se pregunta qué ocurre cuando existe una asimetría de poder entre los individuos potencialmente suscriptores del contrato, la cual no puede corregirse sólo atendiendo a detalles de la distribución. Así también interroga sobre qué ocurre si esas personas, por

una discapacidad por ejemplo, no cuentan con lo que para Rawls sería, desde una concepción kantiana de persona, una racionalidad prudencial y moral plenamente desarrollada.

En el marco de esta preocupación, Nussbaum abordará la desventaja como una situación existente en la sociedad actual, y será la pobreza (compartiendo la visión con Amartya Sen como una carencia de capacidad y no sólo como una falta de bienes) una manifestación de dicha situación. Es decir, el crear capacidades constituye para ella un desafío social urgente: «uno de los grandes retos de futuro para el enfoque de las capacidades es, pues, llevar a cabo una reflexión más sistemática acerca de la estructura política» (Nussbaum, 2012, p.132).

En el posfacio de su obra *Crear capacidades*, Martha Nussbaum explica la importancia de trascender a través del enfoque de capacidades algunas separaciones que constituyen dificultades contemporáneas concretas: separaciones entre disciplinas, separaciones entre teoría y práctica, separaciones entre mayores y jóvenes, separaciones entre regiones y naciones. Estas problemáticas son a su vez, el campo de trabajo para los académicos que forman parte de la «Asociación para la capacidad y el desarrollo humano», de la cual Sen y Nussbaum son presidentes fundadores, y por tratarse de «separaciones», la estrategia principal de abordaje es justamente relacionar, aunar, conectar, con teóricos, ideas y propuestas, que puedan poner en marcha acciones concretas.

Para introducir la temática y, desde el inicio ir exponiendo argumentos, Nussbaum presenta en su libro la historia de una mujer india y cómo el enfoque de desarrollo predominante mundial no hace contacto con la realidad vital de la persona, de las personas, con sus vulnerabilidades, ni con su potencial humano. Este abordaje incluye un análisis que no deja de lado la idea de la distribución de la riqueza como eje transversal en la creación o no de oportunidades de desarrollo humano grupal y particular. Así, también la propuesta toma contacto con la incidencia del Estado, a través de su toma de decisiones, en el alcance de lo sanitario y lo educativo, en cuanto a políticas sociales.

Desarrollar políticas que sean de verdad pertinentes para un amplio abanico de situaciones humanas supone atender a diversos factores que afectan a la calidad de vida de una persona: significa preguntarse, en cada ámbito, «¿qué son las personas en general (y cada una de ellas en particular) realmente capaces de hacer y de ser?» (Nussbaum, 2012, p.17).

La pluralidad y la irreductibilidad son ideas indispensables, tanto para Sen como para Nussbaum, a la hora de pensar en la calidad de vida desde un enfoque de capacidades humanas; es decir, evaluar la calidad de vida y teorizar sobre la justicia social, implica enfocar en lo diverso y en lo particular, tanto en lo general como en lo expandido, para conocer situaciones, cambios, permanencias, relaciones, problemas y posibilidades.

Para Sen, las capacidades son un conjunto de «libertades sustanciales» para elegir y actuar, son combinaciones alternativas de funcionamientos, que resultan posibles de alcanzar; ¿qué es lo que se combina?: las facultades de la persona con su entorno político, social, económico.

La palabra capacidad no es excesivamente atractiva. Suena como algo tecnocrático, y para algunos puede sugerir la imagen de estrategias nucleares frotándose las manos de placer por algún plan contingente de bárbaro heroísmo. El término no es muy favorable por el histórico capacidad Brown, que encarecía determinadas parcelas de tierra –no seres humanos– sobre la base firme de que eran bienes raíces que «tenían capacidades». Quizá se hubiera podido elegir una mejor palabra cuando hace algunos años traté de explorar un enfoque particular del bienestar y la ventaja en términos de la habilidad de una persona para hacer actos valiosos, o alcanzar estados para ser valiosos. Se eligió esta expresión para representar las combinaciones alternativas que una persona puede hacer o ser: los distintos funcionamientos que se pueden lograr (Sen, 1993, p.30).

Complementando la definición, Nussbaum (2012) detalla la existencia de capacidades internas, propias de cada persona, que sustentan habilidades y fomentan estados fundamentales como la autoconfianza. Capacidades internas y capacidades combinadas se relacionan y suponen ámbitos de oportunidad, en este sentido Nussbaum despliega la noción de funcionamiento como realización activa de la capacidad o de capacidades. La insistencia de la autora aquí sugiere pensar al funcionamiento no sólo como posibilidad de hacer concreta, sino en relación a la libertad de elegir, de esta forma, la traducción de capacidades en funcionamientos, estaría respetando la base ética de la propuesta, dado que la libertad supone la condición para el alcance de la dignidad humana (p.22). Para Nussbaum, la vida digna implica el despliegue de los derechos básicos vitales. «Lo mínimo y esencial que se exige de una vida humana para que sea digna es que supere un nivel umbral más que suficiente de diez “capacidades centrales”» (Nussbaum, 2012, p.29). La lista de capacidades centrales expresa:

1. Vida. Esta capacidad no sólo alude a las necesidades evidentes de la vida física que impidan una muerte prematura, sino al merecimiento de una vida digna.
2. Salud física. La alimentación y la vivienda como elementos claves forman parte de esta capacidad (La autora detalla además la importancia de la salud reproductiva).
3. Integridad física. La protección de esta capacidad supone la no-violencia y no limitación de libertad de circulación.
4. Sentidos, imaginación y pensamiento. Supone la experimentación de la libertad de expresión en su amplio sentido, además del derecho a la alfabetización básica.
5. Emociones. Alcanza a la protección del derecho de amar y ser amado.

6. Razón práctica. Es relevante para la formación del concepto propio sobre el bien y para la creación y desarrollo del propio plan vital.
7. Afiliación. Se destaca la capacidad de convivir con otros con una matriz ética estable para el bien común.
8. Otras especies. La capacidad de convivir con otros seres vivos de forma respetuosa.
9. Juego. Remite a la capacidad de disfrutar de la recreación.
10. Control sobre el propio entorno. La capacidad de ser propietario, trabajar, participar activamente como ciudadano.

Este enfoque no se basa en la satisfacción de preferencias ni en un asistencialismo, sino en una detallada identificación de aquello que humanamente debe ser valorado y garantizado en una sociedad justa. Nussbaum considera que la capacidad de razón práctica y la capacidad de afiliación desempeñan, en la lista, un papel arquitectónico debido a que son estructurales, pues organizan al sujeto en sus posibilidades para una vida digna, pudiéndose considerar la lista completa, un umbral mínimo pero amplio que sirve como criterio para las diversas realidades sociales.

Las condiciones sociales, políticas, familiares y económicas pueden impedir que las personas opten por funcionar conforme a una capacidad interna ya desarrollada: este es un tipo de frustración comparable al encarcelamiento. Pero, por otro lado, las condiciones negativas pueden penetrar más a fondo en las personas, atrofiando o deformando el desarrollo de sus capacidades internas. En ambos casos, pervive la dignidad humana básica: la persona sigue siendo merecedora de igual respeto que las demás (Nussbaum, 2012, p.27).

Por tanto, la distribución igualitaria de los derechos políticos se encuentra en la base de las transformaciones urgentes que las sociedades, y las vidas de los sujetos, requieren para la realización de la justicia. «El encarcelamiento» mencionado por Nussbaum, tanto físico, como mental, emocional, cultural, es una responsabilidad de los gobiernos y de los ciudadanos, en la medida que actuamos desde nuestra propia capacidad de razón práctica y de afiliación, es decir, desde nuestra capacidad de realizar un propio plan de vida, así como de convivir armónicamente con otros. Esta reflexión contiene una base filosófica profunda en cuanto propone ser parte de una reflexión crítica sobre la situación propia y de los otros, para la protección de lo que pertenece a todos en calidad de humanos. Cuando el bien común es un objetivo personal, las posibilidades de concreción del mismo son mayores a cuando el objetivo primordial es únicamente el beneficio propio. Esta reflexión vincula con lo educativo en cuanto al lugar que la propia noción de desarrollo humano le puede otorgar al aprendizaje y a las oportunidades formativas, en su sentido de oportunidades sociales.

## **La justicia restaurativa desde una perspectiva de derechos humanos**

La tarea de pensar en el castigo y sus consecuencias, desde el marco de la filosofía política se vincula con conceptos clave como el de responsabilidad, comunidad, derechos y democracia, y las posibles tensiones a encontrar en el proceso han de relacionarse con los principios éticos de cada perspectiva a analizar. En el esfuerzo humano por dar justificación debida al entramado de la justicia, surgen ejes transversales que pueden dar lugar a la argumentación sobre la relevancia del tema. Uno de ellos es la convivencia pacífica como pretensión ciudadana y el lugar que ocupa el delito como disrupción de la misma. En este eje, la toma de decisiones corresponde al campo mismo de la justicia penal y es de prioridad preguntarse, desde la filosofía, qué ideal de justicia orienta y sustenta este quehacer.

El estudio crítico de la justicia ha interesado a la filosofía en diversidad de culturas y en el transcurso de las diferentes épocas históricas. Hace aproximadamente dos mil quinientos años, Confucio, gran pensador y educador del período de los Reinos Combatientes en China, decía: «la justicia y la equidad son conocidas, pero no son puestas en práctica: los malos y los perversos se obstinan en su maldad. Éstas son las únicas causas de mi pesar y mi congoja» (1999, p.117). Donde persiste la maldad y la perversidad, el filósofo encuentra injusticia y falta de equidad, por ello sufre, dejando entrever un deseo, una aspiración, una necesidad que cumplida le daría alivio: que lo justo y equitativo se practique.

En el siglo IV antes de Cristo, Aristóteles (2001) distinguía la justicia distributiva de la retributiva y se refería así a la Ley del Talión:

paréceles a algunos que la pena del talión es del todo justa, como lo dijeron los pitagóricos definiendo desta manera lo justo: ser cuando uno recibe lo mismo que hizo a otro. Pero el talión ni conforma con lo legítimo ni menos con lo público (llamo público lo que a todos pertenece), ni tampoco con lo justo distributivo, ni con lo que consiste en el reformar de los contractos (Libro V – cap.5, p.162)

En cada cultura puede encontrarse, desde las ciencias humanas, rastros importantes sobre los sistemas de justicia que han predominado. Pensando en las alternativas, pueden destacarse aquellas en las cuales la participación activa comunitaria ha sido una condición, una prioridad, en su sentido y en su aplicación de una justicia que podría pensarse como pacificadora. Pero también es sabido que la propia noción de castigo ha llevado a un intenso debate en el campo de la filosofía política. En este marco, la mirada está dirigida a la concepción de justicia en su amplio sentido, pero sin duda, hay un nivel que interesa a la hora de pensar en las acciones en las cuales se ve reflejada: el enfoque de la justicia penal. En él, existen teorías teleológicas o consecuencialistas y la llamada teoría deontológica. Las primeras refieren a la promesa sobre las mejores consecuencias o el mejor bien. El utilitarismo y

el prevencionismo representan dichas teorías. A la teoría deontológica, en cambio, le interesa evaluar la satisfacción de las demandas y encontraremos como fiel representante de ella, al retributivismo.

La justicia penal retributiva tiene como enfoque central el aspecto punitivo, dado que entiende que, frente a un mal causado, debe producirse igualmente un mal a quién lo generó. Es decir que el castigo o pena se aplica de acuerdo con la conducta realizada y en proporción al daño social causado. Así lo explica Hegel (1993), quién basa su argumento en la necesidad de que exista frente al daño la sanción y la indemnización correspondiente (p.356). Si bien puede identificarse la influencia de peso que este enfoque ha tenido en los sistemas de justicia penal de muchas comunidades, también existen otras miradas al respecto. El criminólogo estadounidense Howard Zehr (2010), considerado pionero en el concepto de justicia restaurativa, la define como:

el 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 (p. 46).

En su obra, el autor reconstruye la historia del concepto de justicia restaurativa en el marco de la justicia penal, citando como antecedente principal al Programa de reconciliación víctima- ofensor puesto en práctica en Estados Unidos y Canadá en los años setenta, pero aludiendo también al modo restaurativo como una teoría filosófica que va más allá de la Filosofía del Derecho Penal, para encontrar aplicación en múltiples disciplinas, como pueden ser la seguridad ciudadana, la psicología, la educación. Este enfoque multidisciplinar refiere a la importancia del abordaje de los conflictos humanos desde diversas perspectivas y encuentra sus fundamentos filosóficos en modelos tradicionales ancestrales africanos y norteamericanos según el estudio de Zehr (p. 53).

Sobre la pretensión de restaurar, cabe preguntarse: ¿qué es lo que la justicia restaurativa debe lograr? Zher cita a Ron Claaseen para responder: lograr reconocer el daño o la injusticia, lograr restaurar la equidad, y lograr discutir planes o expectativas para el futuro (p.56). De esta forma, Zher introduce la presentación de los principios restaurativos que implican una intencionalidad de justicia en la cual los sujetos son partícipes de la construcción de la misma y no sólo receptores de justicia.

Por estas mismas razones, autores como Jon Braithwaite, criminólogo, y Philip Pettit, filósofo, se unen para pensar en una justicia que vaya más allá del castigo y realizan una propuesta centrada en la noción republicana de libertad. La misma, se centra en la idea de no dominio, es decir en el esfuerzo por garantizar que ningún sujeto o grupo se encuentre bajo dominación externa alguna, lo que significa para dichos autores una ciudadanía plena (2015, p.25). Para ello, según explican Gargarella

y Bergallo en la presentación a la obra de Braithwaite y Pettit, la propuesta se sitúa atendiendo a todos los factores que hacen posible la restauración: el reconocimiento, la reconciliación, la compensación a las víctimas, la reintegración social del ofensor, el reaseguro a la comunidad de que no volverá a repetirse, el encuentro entre las partes y el lugar del Estado en todo esto.

Pensando en cómo garantizar procesos de justicia, se requiere un marco conceptual que asegure a la acción, propósitos sustanciales básicos y universales. Esta construcción sin duda cuestiona al castigo como único camino de resolución, propone mirar al daño de forma integral tomando en cuenta a todos los actores involucrados en el proceso, aspira a utilizar métodos de reparación participativos, responsables y enfocados en la dignidad humana.

Contribuir a este tipo de propuesta, es del interés de múltiples disciplinas que aspiran a contar con un sustento filosófico- político lo suficientemente fuerte como para no diluirse ante la gravedad de las consecuencias delictivas que sufren las sociedades contemporáneas, tales como la inseguridad y la violencia. A esto hacemos referencia cuando hablamos de pacificación. Disminuir la existencia de los daños y, cuando no han podido ser evitados, resolver los procesos de justicia sin agresión hacia la dignidad humana. En este sentido, es necesario observar el Derecho Penal como una disciplina justificada y preguntarnos sobre cuál es el vínculo que sostiene éste con cuestiones que marcan su sentido.

Al abordar la noción de castigo, es esencial conocer qué respuesta y qué argumento construye el modo restaurativo de justicia, frente al modelo retributivo, y, en qué medida, dicha alternativa favorece la pacificación de las comunidades humanas. Pensar en la responsabilidad como noción central, puede guiarnos en la reflexión.

Afirmar que una condición del juicio es que el acusado debe ser responsable implica no sólo que debe ser capaz de responder sino también que el tribunal que pretenda juzgarlo debe ser un cuerpo apropiado para hacerlo responsable: debe tener la legitimidad suficiente para llamarlo a responder. Esto, de todos modos, plantea la cuestión de a quién, o a qué debe responder el acusado cuando es llevado a juicio. Si bien es llamado a responder por un tribunal en particular, no que debe responder ante este tribunal particular. El acusado debe responder ante aquellos que son representados por el tribunal. Pero ¿quiénes son o qué es eso? (Duff, 2014, p.98)

Este enfoque es esencial para comprender la justicia restaurativa y sus posibles beneficios. Por un lado, esta noción de responsabilidad del ofensor toma distancia de una idea de culpa o transgresión, para situarse en la evaluación acerca de la capacidad del sujeto de ser calificado como responsable. El derecho a responder cobra vital importancia. Por otra parte, en el enfoque restaurativo, la pregunta

sobre a quién responde el ofensor, incluye a la víctima, así como también a los operadores de justicia penal y a la comunidad. De esta forma, el proceso de justicia, involucra en actos de responsabilidad a todo ciudadano, no como receptor pasivo, sino como conocedor y hacedor reflexivo del mismo. Por esta razón, los procedimientos que remiten a la justicia restaurativa apuntan a la resolución de conflictos procurando validar procesos participativos de negociación; éstos no necesariamente incurren en forma directa en una idea de pacificación social, sino que deberá estudiarse cuanto inciden en la mitigación de la violencia, cuánto influyen en el desarrollo de un respeto mutuo y cómo contribuyen o no en prácticas sociales armónicas.

La justicia definida como un lugar reparador y equitativo alberga ideas muy concretas en relación a la convivencia social y a la ciudadanía. Por ejemplo, instituir como primera función básica la de garantizar derechos. Comprender el enfoque de una justicia restaurativa, implica, entonces, adentrarse en ese camino. En el artículo 29 de la Declaración de los Derechos Humanos (1948) se expresa: «toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad». De esta forma se confiere la responsabilidad de los actos y el cumplimiento de deberes a las personas, siendo esto parte de las reglas de convivencia.

En el derecho constitucional, originalmente, las garantías se centraron en los derechos civiles y políticos, conocidos como derechos de primera generación. Esto nuclea la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, así como su derecho a participación en la vida pública. Pero la base sólida en relación a la idea de comunidades pacíficas se encuentra en los llamados derechos de segunda generación: derechos económicos, sociales y culturales. Ellos refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales, en definitiva, refieren a la dignidad humana.

### **Lo humano como hilo primordial**

Cuando Jürgen Habermas (2010), luego de citar a Kant para esclarecer la idea de que todo lo digno se halla por encima de cualquier precio, analiza las condiciones históricas que se han dado en el proceso gestacional de dicha idea, ofrece razones para afirmar que la dignidad humana «es la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento» (p.4). La vulneración de esta dignidad lleva directamente a la noción de injusticia. En ello reside la preocupación por la sociedad, por ciertos grupos, por ciertas situaciones, la preocupación por la justicia social. En el panorama contemporáneo, desde el enfoque de la teoría crítica, se pueden encontrar pluralidad de reflexiones sobre la justicia

social, así como propuestas que discuten con el paradigma distributivo y que pretenden ir más allá de él. Sin duda, la distribución equitativa es un aspecto importante de la justicia, pero no es el único.

Según el paradigma distributivo, la tarea material de la justicia es asegurar una distribución equitativa de aquellos bienes que proveen a todos los miembros de la sociedad del estatus de personas libres e iguales, y que dentro de este marco les permite perseguir sus proyectos elegidos de manera autónoma, siempre y cuando estos proyectos no interfieran, con la misma libertad de las demás personas (Gosepath, 2013, p.48).

La idea que Gosepath hace primar, luego de enfrentar diversas críticas al paradigma distributivo, es que, en una sociedad justa nadie debería encontrarse en una situación excesivamente desfavorecida. En el tratamiento igualitario que la teoría de la justicia social pretende, las críticas buscan ir más allá del enfoque de la distribución y encontrar en el reconocimiento mutuo la posibilidad de desarrollo de la autoconfianza y el respeto para sí de cada persona. Al respecto, Axel Honneth esclarece y fundamenta la importancia de que los principios de justicia deberían poder ser el resultado de un proceso común de formación de la voluntad, consecuencia de la cooperación intersubjetiva. Es decir, los miembros de la sociedad, concebidos como libres y autodeterminados, buscan un consenso sobre los principios de distribución, dado que ellos mismos son los beneficiarios al respecto (2013, p.14). Ser parte del entramado de la justicia implicaría entonces, para esta propuesta, una participación ciudadana activa. Cabe preguntarse aquí, ¿en qué debe asegurarse la participación de los ciudadanos?, ¿qué implica el ser parte activa, desde un enfoque restaurativo de justicia?.

Pablo Galain (2015) define la justicia restaurativa como un «proceso» y, si bien se centra en la relación específica de la misma con el derecho penal, distingue algunos conceptos clave para pensar en una noción más amplia, tomando de Daly y Proietti- Schifoni la distinción entre «restauración» del daño del delito, de «reparación», como acciones dirigidas a recomponer en la víctima la situación anterior a sufrir la ofensa.

Es importante señalar también las diferencias entre prácticas restaurativas y JR. Las primeras implican una serie de acciones, como sanciones del sistema penal o programas de rehabilitación, para que los infractores tomen conciencia del daño que causaron, pero que no necesariamente implican la participación de las víctimas en la decisión de cómo lidiar con las implicancias del delito a futuro. La segunda, por su parte, tiene como principio fundamental la participación de todas las partes en el proceso de resolución de conflictos, y constituye una sub-categoría dentro de las prácticas restaurativas (Galain, 2015, p.27).

Pudiendo considerar la justicia restaurativa como derecho humano se espera construir una respuesta humana ante los conflictos, para ello son indispensables políticas públicas restaurativas. Es decir, esto

implica el reconocimiento y garantía de los derechos de todos los involucrados. Ofensores y víctimas. Estas políticas públicas, frente a una tasa de prisionización en crecimiento y el incremento de las penas deben partir de la creación de mecanismos que acompañen procesos. Dichos mecanismos necesitan fundarse en una concepción de desarrollo humano capaz de garantizar derechos y de restaurar la convivencia pacífica.

### **Reflexiones cercanas**

En ocasión de una mesa de reflexión, el director de la unidad penitenciaria N° 4 del área metropolitana uruguaya, una de las cárceles con mayor población y con fuertes medidas de seguridad, narra una anécdota para dar respuesta sobre la situación actual cotidiana en el ámbito penitenciario:

Si no fuera trágico, me reiría. Después de tramitar tres veces la autorización para que fulano saliera a contraer matrimonio, pude yo mismo, en persona, confirmarle el día y el horario. Fulano se bañó, se visitó con lo mejor que tenía y se presentó al portón una hora antes de lo acordado. Pero el móvil nunca llegó. Y por cuarta vez, tuvo que esperar. Tuvieron, porque supongo que había una persona también pronta, esperando en otro lugar. Cuando le pregunté al funcionario, cómo había reaccionado fulano ante el problema, me dijo: sólo me pidió no tener que volver al alojamiento y decir que no pudo salir.

Parece un problema no tan grave, sin embargo, es una de las tantas ocurrencias que llevan a desencadenar conflictos de todo tipo intra e interpersonales, y que no poseen contención alguna porque no hay tiempo, porque no hay gente, porque no importa tanto, como importa la seguridad. ¿Pero, de dónde proviene, en definitiva, la seguridad? Si existen personas que no han experimentado la seguridad en su trayectoria vital, o sólo la han conocido en sus formas violentas, ¿puede la alternativa del encierro, a través del castigo, ofrecerle algo diferente?.

En Uruguay, el nuevo Código del Proceso Penal fue promulgado en 2014 y entró en vigencia en 2017 aprobado por la ley 19293, siendo la principal característica de dicha reforma el pasaje de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio. Una modificación importante es el cambio en cuanto al rol del juez y el rol del fiscal; éste asume la dirección de las investigaciones en conjunto con la policía, lleva adelante las acusaciones y presenta las pruebas al juez. El magistrado juzga acorde a lo presentado por la fiscalía y se implementan audiencias orales y públicas. Si bien la reforma, ha tenido sus críticas en general se espera de un sistema acusatorio, un marco adversarial, en el cual fiscalía y defensa se enfrenten en igualdad de oportunidades, dando lugar a la participación activa del ministerio público y de la víctima, procurando garantizar la verdad, la justicia y la reparación.

Dentro de las reformas contemporáneas en la legislación uruguaya, con incidencia directa en lo penal, debe mencionarse también la ley 19889, llamada Ley de urgente consideración, la cual fue promulgada por el Poder ejecutivo el 9 de julio del año 2020 y entró en vigencia el día 14 del mismo mes. En ella se reúnen varios cambios importantes que remiten al ámbito penal los cuales han sido fuertemente criticados y resistidos por ciertos sectores políticos y sociales. En relación específica al ámbito del tratamiento del delito, se observa un afianzamiento y una mayor especificidad en las sanciones, poniéndose de relieve las agravantes en los casos de delitos de mayor entidad y la afectación de beneficios en ellos. De igual forma, el texto presta especial atención a la vigilancia y el control por parte de la autoridad, así como intenta delinear el ejercicio profesional de la policía en cuanto al uso de la fuerza y en cuanto a su intervención específica. Con respecto a la función profesional de la policía, se la asocia a la noción de autoridad policial y por lo tanto, al estatus moral que ello reviste en el sentido de la conducta que se espera frente a ella, sancionándose toda resistencia o manifestación contraria (Cap. I referente a Normas Penales).

Particularmente en lo que se vincula a la educación y el trabajo, en el contexto de las actividades socio-educativas que pueden darse en el ámbito penitenciario, se da prioridad a los jóvenes y se excluyen de participar en las propuestas a una gran cantidad de personas que tengan causas penales determinadas. La legislación refiere a la educación y al trabajo como un beneficio del privado de libertad, más que como un derecho, y propone como meta la habilitación laboral posterior a la ex-carcelación, con el sentido del logro del auto-sustento. Si bien sabemos que este propósito conforma una necesidad real para pensar en una reintegración social posible, sabemos que la educación y el trabajo constituyen un proceso aún más amplio que una capacitación, comprendiendo la trayectoria vital del sujeto y sus posibilidades de desarrollo.

En cuanto a la exigencia de determinada cantidad de días de trabajo y estudio que compensan la redención de pena, es importante comprender el valor motivacional que contienen estas actividades en el contexto de encierro y, por tanto, la importancia de las mismas para toda persona privada de libertad, independientemente del delito por el cual se lo ha encerrado.

Sin duda, la carga del enfoque punitivo que reserva esta legislación, se relaciona con el aumento progresivo de la población carcelaria, el aumento de la violencia y de la inseguridad ciudadana y la prematura relación con el delito de la población joven, entre otros factores y preocupaciones. Habrá que evaluar el impacto que esta ley tendrá en la gestión penitenciaria, y si afecta o no los derechos de las personas privadas de libertad en relación a sus oportunidades de desarrollo, así como analizar las consecuencias del impacto de un encierro que agudiza el castigo, el control y la desconfianza.

Cada año, el Comisionado Parlamentario Penitenciario al servicio del Parlamento Nacional, encargado de realizar un monitoreo en todas las unidades penitenciarias del INR (Instituto Nacional de Rehabilitación), publica un informe sobre la realidad penitenciaria en Uruguay. En el último informe publicado y presentado (2019), aparece un apartado bajo el título Cárceles y Justicia en el cual se pone énfasis en los derechos fundamentales como objetivo central del Estado y la importancia de la correspondiente garantía, basado en los estándares del sistema internacional de los derechos humanos, junto a la normativa nacional, como cuerpo normativo aplicable a la privación de libertad. En cuanto a las condiciones de privación de libertad, el informe destaca del Nuevo Código del Proceso Penal, el habeas corpus correctivo que establece un amparo a la persona privada de libertad, el cual procede en casos de tortura, tratamientos crueles o condiciones de reclusión violatorias de la dignidad de la persona humana. Pero el informe también contiene una reflexión acerca de la problemática existente en cuanto al acceso a la justicia por parte de grupos carenciados.

Todos los años egresan más de 6.000 internos del sistema penitenciario. Al ingresar en su mayoría presentan carencias en su educación, formación laboral, habilidades sociales y salud. Si a esos déficits se le agregan varios años perdidos, a aún peor, de mayor deterioro, su regreso a la vida en libertad acarreará problemas para ellos y para quienes se relacionen con ellos, Si el sistema no actúa como filtro de la violencia, estará volcando diariamente a la sociedad nuevos conflictos y violencias (Parlamento del Uruguay, 2019, p.194).

Esta reproducción de desigualdad, por parte de las políticas penitenciarias, compromete sin duda al Estado, a reformar, cambiar, modificar, profundizar, y a la ciudadanía a conocer y reflexionar sobre el tema. En la actualidad, Uruguay cuenta con un poco más de 13.000 privados de libertad a nivel nacional, lo cual exige la existencia de un ámbito formal o institucional donde todos los actores cuyas decisiones conforman de hecho la política criminal del país, analicen la coyuntura, tracen líneas de política a largo plazo y establezcan prioridades para atender los temas fundamentales, estratégicos o urgentes. Sobre la justicia en Uruguay:

Hasta el momento, la política criminal no ha considerado la posibilidad de analizar seriamente alternativas al castigo penal que además de inocular y hacer sufrir, pongan el punto de mira en la recomposición de la convivencia humana. Hasta que el legislador no entienda que la prevención parte de la recomposición del tejido social y de las relaciones humanas de convivencia, no habrá alternativa posible al encierro, la vigilancia permanente y la pérdida de la libertad de todos los ciudadanos (Galain, 2015, p.53).

Pensar la justicia como un entramado en el que se establecen relaciones justas con base en el reconocimiento mutuo convoca a la protección de lo humano. En ello, el proceso restaurador es un

proceso liberador, plural, diverso e inclusivo, capaz no sólo de resolver, sino también de prevenir. He allí el sentido educativo de una justicia social posible.

## **Bibliografía**

- Aristóteles, (2001). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Alianza editorial. Recuperado de <http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2017/12/Etica-a-Nicomaco-Aristoteles-PDF.pdf>
- Braithwaite, J. y Petit, P. (2015). *No sólo su merecido: Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*. Buenos Aires: Editorial Siglo veintiuno.
- Confucio (1999). *Los cuatro libros clásicos*. Barcelona: Editorial Grupo Zeta.
- Constitución de la República Oriental del Uruguay – publicación:1967
- Duff, A. (2015). *Sobre el castigo: Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Editorial Siglo veintiuno.
- Galain, P. (2015). *Justicia restaurativa y sistema penal: ¿Cambio de paradigma o nuevas herramientas de la justicia penal?*. Montevideo: Edición de publicaciones de Derecho de la UCU.
- Gosepath, S. (2013). En defensa de la justicia distributiva. En G. Pereira (Ed.), *Perspectivas críticas de justicia social*. Portoalegre: Evangraf – Proyecto CAPES- PCPP PUCRS- UDELAR
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 55(64), Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-24502010000100001](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001)
- Hegel, G. (1993). *Fundamentos de la Filosofía del derecho*. Madrid: Ediciones Libertarias.
- Honneth, A. (2013). El entramado de la justicia: Sobre los límites del procedimentalismo contemporáneo. En: G. Pereira (Ed.), *Perspectivas críticas de justicia social*. Portoalegre: Evangraf – Proyecto CAPES- PCPP PUCRS- UDELAR
- Informe Anual del comisionado parlamentario*. Parlamento del Uruguay (2019)
- Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades: Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Editorial Paidós
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia social: Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Editorial Paidós- Ibérica
- Sen, A. (1993) Capability and Well-being. En M. Nussbaum y A. Sen (Eds.), *The Quality of Life*. [Traducción de R. Reyes]. Oxford: Clarendon Press. México: Fondo de Cultura Económica.
- Sen, A. (2010). *La idea de la Justicia*. Barcelona: Editorial Taurus.
- Zehr, H. (2010). *El pequeño libro de la Justicia restaurativa*. Editorial Good Book. Recuperado de [https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el\\_pequeno\\_libro\\_de\\_las\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_las_justicia_restaurativa.pdf)