

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA JUSTICIA REPARATIVA Y LA TRANSACCIÓN SOCIAL*

Fernando Carvajal Sánchez**

RESUMEN

Este artículo muestra la génesis de la justicia reparatoria y relaciona esta última con el concepto de transacción social. Establece también los puntos comunes y las diferencias entre las prácticas reparatorias y las prácticas transaccionales.

ABSTRACT

This paper shows the genesis of the restorative justice and relates it to the concept of social transaction. The article establishes also the common points and the differences between the restoratives practices and the transactional ones.

PALABRAS CLAVE

Justicia reparatoria, racionalidad penal, transacción social, innovación, transición.

* Traducción del francés a cargo de Carolina Ariza Zapata, profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. La revisión de la traducción ha sido realizada por el autor.

** Abogado, profesor de la Facultad de Psicología y de Ciencias de la Educación de Ginebra. En la actualidad culmina la redacción de su tesis doctoral sobre la justicia reparatoria, la mediación penal y sus dimensiones educativas. Sus investigaciones combinan instrumentos metodológicos cualitativos y cuantitativos.

SUMARIO

A. Introducción. B. Puntos comunes y diferencias entre prácticas transaccionales y mediación penal. C. La actualidad de la justicia reparatoria en Occidente: el resurgimiento de sus orígenes transaccionales. D. La imbricación de los modelos axiológicos de justicia: un proceso transaccional. E. Transacción e innovación en el sistema penal. F. Transición y transacción paradigmáticas. G. Bibliografía.

A. Introducción

Este artículo muestra la pertinencia del análisis comparativo conjunto entre los conceptos y prácticas de justicia reparatoria, aparecida en Occidente a partir de los años 1970, y la noción de transacción social, creada por la sociología a finales de los años 1970.

La justicia reparatoria es una *opción* para impartir justicia, esencialmente orientada a la reparación de daños causados por una “ofensa”; esos daños pueden ser individuales, relacionales o sociales (WALGRAVE, 2002a, 2002c, 2008). WALGRAVE (2008) habla de “opción” para resaltar que la filosofía reparatoria puede inspirar diferentes iniciativas, programas y sistemas.

A su vez, la mediación penal puede ser definida como un proceso formal y dialógico que reúne dos partes que, con la ayuda de un tercero neutral, intentan encontrar una solución negociada de carácter reparatorio, para los daños causados por un delito (BONAFÉ - SCHMITT, 1992, 1998; KNOEPFLER, 2002; PINGEON, 2007; YOUNES, 2002). La mediación penal es también un espacio de reconocimiento¹ (YOUNES, 2002, p. 59) y de comunicación (CARTUYVELS, 2003). Así, la mediación penal es “doblemente” transaccional puesto que “a través de las negociaciones repetidas se desarrolla un lenguaje, una racionalidad común” (REMY, 1996, p.12). La mediación penal es también una manera de abrir el sistema penal a medios “alternativos” de resolución de conflictos. Sin embargo, hablando en sentido estricto, la justicia reparatoria no sería una justicia alternativa puesto que no constituye, al menos no todavía, una solución de recambio de las prácticas de la justicia punitiva dominante.

¹ En el mismo sentido: “todo disenso acerca de las normas, incluso cuando el mismo se manifiesta utilizando los medios de la discusión, encuentra su origen en la lucha por el reconocimiento” (Habermas 1986, p. 127).

“El sentido más contemporáneo es aquel que parece más conveniente (para definir el calificativo femenino *alternativa*): solución de reemplazo. Ahora bien, las alternativas penales no son soluciones de reemplazo. Nunca están solas: se mantienen vinculadas a la institución que les da su carácter alternativo. Siempre constituyen modalidades experimentales, precarias, derivaciones constantemente vinculadas a las modalidades canónicas de la gestión penal” (KAMINSKI, 2001, p. 141).

“Las medidas de recambio en Derecho criminal tienen todavía hoy un status jurídico precario y un futuro incierto” (PIRES, 1998, p.13). De esta manera, la justicia reparatoria permanecería, al menos por el momento, como un enfoque minoritario y subordinado a la justicia punitiva. La justicia sería así una institución que puede enfocarse desde una perspectiva punitiva o desde una perspectiva reparatoria que algunos denominan “alternativa”, pero que sería más preciso denominar “emergente”.

De otro lado, la mediación penal puede ser considerada como una instancia de regulación sincrética porque se sitúa en la intersección entre el Derecho penal con su exigente formalismo, y la moral, *a priori* informal. La mediación penal puede jugar un rol de intermediación entre el Derecho y la moral: “la perspectiva del topos de la palabra escrita es principalmente jurídica, mientras que aquella del topos de la palabra oral es, sobre todo, moral” (SANTOS, 2004, p.171). De la misma manera, Harris (citado por BRAITHWAITE, 2006), muestra que sentimientos morales como la vergüenza, la culpabilidad, la compasión o el perdón, expresados con ocasión de los procedimientos reparatorios, pueden traducirse en empatía respecto de la otra parte contribuyendo así a la reducción de la delincuencia y a la recreación del vínculo social.

La mayoría de legislaciones que han introducido la mediación penal han optado por la mediación delegada. El ministerio público, o un juez, instancias del sistema penal, detentan la facultad de sugerirla. Las partes involucradas no tienen la libertad, ni la iniciativa para acudir, por sí solas, a la mediación; sin embargo pueden negarse a participar en la misma. El sistema penal está “caracterizado por una tendencia a concebir la sanción jurídica como necesariamente centrada sobre el ejemplo del castigo, sobre la expiación del mal por el mal, sobre la estigmatización...” (PIRES, 1998, p. 9). El sentido que habitualmente se le da a la justicia es entonces lo que PIRES denomina “la racionalidad penal moderna” que se articula alrededor

de la obligación de infligir una pena aflictiva (PIRES, 1998, 2001). Es la exigencia de prescribir una pena, o sea un sufrimiento, la que constituye para nosotros el paradigma de la justicia punitiva. La necesidad de punir está tan arraigada que “vuelve casi imposible la tarea de pensar el sistema penal (o el crimen) sin un apego exclusivo a la pena aflictiva...” (PIRES, 2001, p. 183)². Lo que es verdad en el plano práctico lo es también desde el punto de vista de la teoría puesto que “tanto el Derecho como las Ciencias Sociales definen el crimen (o el sistema penal) a través de la pena (aflictiva)” (PIRES, 2001, p. 183). Esta *racionalidad penal* es un obstáculo para el desarrollo de las innovaciones en el sistema penal (JACCOUD, 2007a; PIRES, 1998).

La necesidad de la punición ha sido cuestionada por la aparición de la justicia reparatoria. Así, para ciertos autores, la justicia estaría siendo objeto de una revolución paradigmática; según ellos, la concentración en la reparación de los perjuicios (y no en el castigo del delincuente como en el caso de la justicia punitiva, o su reeducación como lo promueve la aspiración rehabilitadora), es un cambio paradigmático de la justicia (BERISTAIN, 1991; JOHNSTONE; 2002; ZEHR, 1990).

B. Puntos comunes y diferencias entre prácticas transaccionales y mediación penal

Ciertas transacciones sociales evolucionan en un “contexto juridizado” (ENCLOS, 1994). Resulta entonces útil esclarecer cuáles son las relaciones entre el concepto de transacción social y la justicia reparatoria. En efecto, tanto la transacción como la justicia reparatoria tienen como función social el apaciguamiento colectivo (o la comunicabilidad) y la prevención o la resolución de un conflicto. De otro lado, la naturaleza de ambas “reposa sobre el principio de renunciación recíproca” (SCHURMANS, 1994, p. 150).

BLANC (1992) considera la transacción social como “la unidad básica de la vida social, concebida como una secuencia de ajustes sucesivos que permiten llegar a compromisos, también sucesivos, de coexistencia” (citado por STÉBÉ, 2007, p. 19). Evocando a Freynet y a sus colegas (1998), STÉBÉ

² Una ley estadounidense conocida como “the Three-strikes” es un ejemplo extremo de esta lógica. “The three -strikes law stipulates that anyone convicted of three felonies is subject to a mandatory prison sentence of 25 years to life” (Sidanius, Prat to, 1999, p. 332).

resume la noción de transacción social subrayando que se trata de un “proceso en el cual se elaboran compromisos prácticos que permiten la cooperación conflictual y la (re) creación permanente del vínculo social” (2007, p. 19). En otras palabras, la transacción social es un proceso de socialización y de aprendizaje del vivir en sociedad.

De un lado, existe entre las prácticas de transacción social y aquellas de la mediación penal, un vínculo lógico de género a especie puesto que una mediación es siempre una transacción pero una transacción no opera siempre a través de una mediación. En efecto, la transacción supone algunas veces un marco de negociación explícito, pero “no se traduce necesariamente en prácticas concretas de negociación” (SCHURMANS, 1994, p. 144). La mediación penal, por el contrario, requiere siempre un espacio instituido de negociación (LANGUIN, KELLERHALS, ROBERT, 2006), explícito y encuadrado por un procedimiento formal. Además, la mediación penal requiere la participación de un tercero neutral mientras que la transacción puede hacerse directamente entre las partes involucradas. Una última diferencia puede ser evidenciada: la mediación penal puede eventualmente resolver de forma definitiva un conflicto, mientras que la transacción social “permanece siempre inacabada, puesto que el conflicto social no tiene una solución definitiva” (STÉBÉ, 2007, p. 19).

De otro lado, la mediación penal puede relacionarse con la transacción jurídica. En efecto, “en derecho, la noción de transacción se refiere a una forma de solución de conflictos en la que cada una de las partes renuncia a algunas de sus pretensiones” (MORMONT, 1992, p. 113). En este tipo de transacciones, el Derecho fija reglas estrictas y éstas constituyen un presupuesto relativamente conocido en nombre del cual se forjan las pretensiones de las partes. Delegada por una instancia del sistema penal, la mediación es un tipo de transacción jurídica que mantiene una relación específica con la regla de Derecho que provee su marco jurídico. De la misma forma, en su calidad de contrato entre las partes, la transacción jurídica debe también estar obligatoriamente formalizada. Sin embargo, la transacción jurídica se diferencia de la mediación en distintos aspectos:

- En primer lugar, la transacción jurídica no requiere un tercero neutral. En ese caso, aquella de las partes que conoce mejor la regla de Derecho, aquella que esté mejor equipada para manipularla, puede desviarla a su favor “para imponer a la contraparte una solución que

le sea favorable” (MORMONT, 1992, p. 116). En la mediación penal, por el contrario, el tercero neutral tiene como una de sus misiones no solamente la de garantizar el respeto de las reglas, sino además la igualdad entre las partes.

- En segundo lugar, la transacción jurídica es irrevocable (MORMONT, 1992) mientras que la mediación puede o no resolver *definitivamente* un conflicto. En efecto, el procedimiento de mediación puede suspender la acción penal pero la autoridad delegante puede, en todo momento, retomar la gestión del conflicto.
- En tercer lugar, la transacción jurídica persigue un objetivo único: apunta a la resolución definitiva de un conflicto y de sus efectos. Por el contrario la mediación penal asume objetivos diversos: puede ocuparse de aspectos periféricos del conflicto, incluso de las etapas posteriores al mismo, como lo hace la mediación en el medio penitenciario que se adelanta en los casos de delitos graves. Algunas veces, con ocasión de un asesinato (WARREN, 2007) o de una violación (GUILLAMAT, CAMARA, CASADO, 2006), los allegados de la víctima se encuentran con el agresor en prisión, situación que puede permitirles entender las circunstancias del crimen y ayudarles a elaborar el duelo. Desde el punto de vista del agresor, este procedimiento busca hacerle comprender las consecuencias de su comportamiento y facilitar así su reinserción social. Este tipo de mediación no involucra entonces de forma exclusiva al conflicto principal, aquel que condujo al acusado a la cárcel.

BLANC (2009) habla de “ilusión jurídica” al evocar la pretensión subyacente a la transacción jurídica de resolver definitivamente un conflicto. Según él, “la ausencia de recursos no impedirá que el sentimiento de injusticia y el resentimiento se desarrollen. El conflicto no resuelto podrá resurgir bajo nuevas formas”. Una de las especificidades de la mediación penal es justamente que evita esta “ilusión jurídica” en la medida en que no tiene como única vocación la resolución definitiva del conflicto. En efecto, entre los objetivos de la mediación penal pueden citarse igualmente la idea de restablecer la comunicación entre las partes, de contribuir al apaciguamiento y de recrear o crear el vínculo social.

C. La actualidad de la justicia reparativa en Occidente: el resurgimiento de sus orígenes transaccionales

Si se habla de resurgimiento, es porque el enfoque reparativo ya existía en Occidente, antes de que se impusiera el paradigma punitivo. Así lo muestra el trabajo de arqueología jurídica que ha actualizado los rastros de prácticas reparativas en la cultura europea premoderna (JOHNSTONE, 2002; PIRES, 1998). *“Las preocupaciones restaurativas en la respuesta a la trasgresión de la norma nunca desaparecieron por completo, pero durante muchos siglos han estado subordinadas al dominio punitivo”* (WALGRAVE, 2008, p. 13)³.

WALGRAVE (2008) y JOHNSTONE (2002), al citar una serie de autores (ZEHR 1990, VAN NESS 1993, WEITEKAMP 1999, VAN NESS & HEETDERKS STRONG 2006), señalan que la justicia reparativa orientó el modelo dominante de la justicia en los *primeros tiempos*. WALGRAVE (2008) piensa que las pequeñas comunidades primitivas no podían manejar conflictos abiertos entre sus miembros durante largos períodos, ni permitirse excluirlos; estaban entonces obligadas a utilizar modelos de justicia fundados en la cooperación y la negociación más que en la punición. Sin embargo, ha habido transacción en todo momento. *“La realidad probablemente no era uniforme, sino mezclada y variada, con diferentes grados de violencia y de acuerdos reparativos”* (WALGRAVE, 2008, p. 12). Desde esta perspectiva, con el surgimiento del Estado, la justicia se centró en la violación de la ley más que en los daños causados por una infracción (WALGRAVE 2008).

El surgimiento de la idea restauradora puede ser también estudiado como un producto transaccional (SCHURMANS, 1996), todavía sin estabilizar, de una dinámica en curso, en la cual han jugado múltiples factores, y juegan todavía, un rol considerable. En efecto, en su forma actual, las prácticas reparativas obedecen a influencias y orígenes diversos.

El trabajo de la criminología crítica, durante los años 1970 y 1980, hizo énfasis sobre “el carácter construido de la categoría crimen” (JACCOUD, 2007b) y puso en evidencia los efectos contraproducentes de la justicia penal así como su incapacidad para asegurar la paz social (WALGRAVE

³ Las citas de este texto de Walgrave (2008) han sido extraídas del manuscrito, es por esto que el número de la página indicado aquí no corresponde con la versión publicada por William Publishing.

2008). La constatación del fracaso en la resolución de ciertos problemas como la impunidad, el exceso de prisioneros en las cárceles, la sobrecarga de los jueces, las dificultades de la reinserción de los ex—detenidos, la ineficacia para evitar la reincidencia, la ausencia de respuestas adecuadas a los delitos de corrupción y de “cuello blanco” y a las incivildades: todo esto ha mostrado la legitimidad de dirigirse hacia la búsqueda y la concepción de otro tipo de respuestas, que no necesariamente obedezcan a la lógica punitiva.

Una pluralidad de otros factores favoreció el *resurgimiento* de la justicia reparatoriva, sobre todo los movimientos críticos de las instituciones represivas nacidos en Norteamérica en los años 1960 (FAGET, 1997) y que tienen, de acuerdo con JACCOUD (2007b), eco en Europa a partir de los trabajos de FOUCAULT (1975) y de otros autores como CHRISTIE (1975, 2005). Los movimientos a favor de los derechos de las víctimas (FAGET 1997), así como los movimientos feministas, de despenalización y de los derechos de los pueblos indígenas tuvieron también una influencia importante en la introducción de las respuestas reparatorivas (WALGRAVE 2008).

Partiendo de países como Nueva Zelanda y Australia (MESTITZ, 2005; WALGRAVE, 2002b), la cultura jurídica indígena tuvo también una influencia en la institucionalización de la justicia reparatoriva en occidente. WALGRAVE (apoyándose en JACCOUD, 1998; BLAGG, 2001; ZELLERER y CUNNEN, 2001) afirma que: “Es cierto que las costumbres indígenas contribuyen en gran medida al surgimiento de respuestas a la criminalidad más participativas y más orientadas hacia el restablecimiento de la paz social” (WALGRAVE, 2002b, p. 276). MESTITZ (2005), evocando a ZEHR (1990), piensa que los pueblos autóctonos de los países colonizados, habiendo reivindicado su propia justicia (reparatoriva) de cara a la justicia de los colonizadores, también contribuyeron a la (re)aparición de la justicia reparatoriva en occidente.

D. La imbricación de los modelos axiológicos de justicia: un proceso transaccional

A pesar del resurgimiento de la justicia reparatoriva la mayoría de nuestros contemporáneos permanecen influenciados por la lógica punitiva, que se mantiene como “*La principal respuesta al crimen*” (WALGRAVE, 2008, p. 19), siendo para ellos difícil aceptar la opción reparatoriva. La introducción

de innovaciones en el sistema penal no puede entonces hacerse sin un largo proceso educativo y... sin transacción. Es así como ciertos partidarios de la justicia reparatoria (WALGRAVE, 2003) aceptan, durante un período de transición entre los modelos de justicia punitivo y reparatorio, la eventual utilización de la coerción con el fin de obligar a reparar a los recalitrantes. Esta presencia de la coerción en el modelo reparatorio puede ser leída como una concesión importante que se le hace a las sensibilidades de una sociedad donde la mayoría está acostumbrada a las respuestas guerreras de cara a las trasgresiones (PIRES, 1998). La institucionalización progresiva de las prácticas reparatorias en el seno del sistema penal puede entonces ser analizada como un *producto transaccional*, transitorio por definición, que “presenta el rastro de renunciaciones recíprocas de las partes” (SCHURMANS, 1994, p. 149). En nuestro caso, tanto los partidarios de la justicia punitiva como aquellos de la justicia reparatoria han debido hacer concesiones. Durante un largo período de transición y de transacciones, las perspectivas punitivas y reparatorias, permanecerán imbricadas tanto desde el punto de vista funcional (COHEN, 2001; DALY, 2002; GUILLAMAT, CAMARA, CASADO, 2006; KEIJSER, LEEDEN, JACKSON, 2002; ROBERTS, STALANS, 2004) como desde el punto de vista de las representaciones sociales (DALY, 2002; GROMET, DARLEY, 2006; MACA, ECHEVERRI, 2006; ROBERTS, STALANS, 2004). Daly constató que los participantes en las prácticas reparatorias perseguían al mismo tiempo distintos objetivos en relación con los tres modelos de justicia, en particular:

- Una intención moral de censura por los delitos cometidos, inspirada en la justicia punitiva.
- Una intención educativa, al preguntarse qué podría hacerse en el futuro para fomentar el respeto de la ley, en relación con la justicia reparatoria.
- Una intención reparatoria, al preguntarse qué podría hacer el acusado por la víctima, como lo quiere la justicia reparatoria.

Al mismo tiempo, ciertos programas que responden a una lógica punitiva, utilizan principios reparatorios como la discusión sobre el impacto del delito, los “contratos de reparación” o los planes para evitar la reincidencia (COHEN 2001). A pesar de su imbricación, las justicias punitiva y reparatoria siguen siendo axiológicamente opuestas (WALGRAVE 2008). Mientras que la

primera se centra en la persona que ha cometido una infracción, la segunda se ocupa sobre todo de las consecuencias del acto, sin descuidar por esto las personas implicadas. De esta manera, el tratamiento reservado por los dos modelos para los miembros del entorno de la persona acusada será revelador de los valores conducidos por cada modelo.

De un lado, la “*conferencia del grupo familiar*”, una de las prácticas emblemáticas de la justicia reparatoria⁴, reclama la presencia de los allegados del querellante y del acusado para intentar, todos juntos y con ayuda de un tercero neutral, que puede tener una conformación singular o plural, encontrar una solución reparatoria al conflicto que los contrapone. Así, tanto las partes como sus allegados tienen un rol activo y constructivo en la búsqueda de soluciones.

De otro lado y en forma opuesta, la justicia punitiva revela algunas veces una tendencia regresiva a criminalizar los allegados del acusado. Algunas leyes recientes sobre la responsabilidad penal parental en Inglaterra, que criminalizan a los padres de los menores delincuentes por los actos cometidos por sus hijos, son un ejemplo de esta involución. El tratamiento de la delincuencia y de la contestación política así como del terrorismo provee a su vez abundantes ejemplos de incriminación del entorno del acusado⁵

E. Transacción e innovación en el sistema penal

Evocando a REMY (1996), SCHURMANS (2001) distingue las “innovaciones de crecimiento”, que permiten a una racionalidad establecida reproducirse, y las “innovaciones de ruptura”, que permiten incursionar en nuevos caminos. Haciendo un análisis semántico de la noción de innovación con miras a clarificar las relaciones con el sistema penal, JACCOUD señala que el término

⁴ La “conferencia del grupo familiar” es una reunión ampliada donde los allegados del acusado y del querellante, son invitados a discutir las circunstancias del conflicto y las modalidades de un eventual arreglo; es por esto que los primos, las tías, madrinas, jefes, novias etc. son bienvenidos a esta reunión.

⁵ El tratamiento reservado por la justicia francesa a los “nueve de Tarnac” ilustra esta perspectiva. De cara a esta regresión se alzarán siempre la figura de Antígona (Ost, 2004) recordando hasta qué punto las consecuencias jurídicas de la desobediencia de una norma, que se revela algunas veces como inmoral o injusta al tiempo que es legal, no pueden abolir la lealtad respecto de los seres queridos (hermanos, amantes o amigos).

innovación es pertinente cuando se trata de una evolución al interior de una lógica existente. Para ella, la noción de innovación es inapropiada para las “transformaciones de tipo paradigmático (ruptura e introducción de un cambio de naturaleza en el sistema)” (2007a, p. 13). JACCOUD continúa su reflexión diciendo que un sistema admite innovaciones “complementarias y de sustitución” (JACCOUD, 2007a, p. 9). Esto implica, en el caso de la justicia, que si la innovación es complementaria, la respuesta reparatoria se suma a la pena o se utiliza para manejar situaciones que hasta ese momento escapaban al control penal. La innovación de sustitución, por el contrario, significa que la reacción reparatoria se convierte en una alternativa real a la pena, al menos en ciertas situaciones.

En cuanto a nosotros, consideramos que la innovación de sustitución puede ser un paso hacia una mutación de paradigma en la medida en que ésta es la única que logra producir un cambio que calificaríamos de emancipador. En efecto, ese cambio, al liberar de la obligación de punir, conduce a largo plazo a una transformación radical de la naturaleza del sistema de justicia.

Se puede asociar respectivamente la innovación y el cambio de paradigma, en los términos de Jaccoud, con las “innovaciones de crecimiento” y las “innovaciones de ruptura”, según el lenguaje de REMY (1996). Al hacer la diferencia entre la innovación, la cual comprende la sustitución, y la transformación paradigmática, Jaccoud concibe a esta última como una ruptura abrupta que modificaría la naturaleza del sistema. Ahora bien, los procesos de cambio paradigmático en el campo de las concepciones y las prácticas sociales –incluyendo la de hacer justicia– tardan varias generaciones. “Usualmente se cree que las transiciones paradigmáticas duran largo tiempo –varias décadas, a menudo un siglo–” (SANTOS 2002, p. 64). En el mismo sentido: “los grandes paradigmas tienen una vida multiseccular y su agonía puede durar un siglo” (MORIN, 1991, p. 234).

Contrariamente a la posición de JACCOUD, nosotros postulamos que el cambio paradigmático no procede siempre a través de una ruptura repentina. Éste también puede producirse por una vía indirecta, cuando interviene a través de innovaciones aportadas al sistema, a condición de que estas últimas pongan en duda el paradigma anterior, como es el caso de la idea reparatoria. Puede entonces observarse más fácilmente la presencia y la calidad de las innovaciones que las mutaciones de paradigma.

Todavía es muy temprano para conocer las consecuencias de la institucionalización de la justicia reparatoria en la larga duración. El sistema penal podría instrumentalizarla para encontrar una nueva legitimidad y para ampliar su control sobre conductas que antes se le escapaban. En ese caso, la justicia reparatoria actuaría como una *innovación de crecimiento*. También existe la posibilidad de que la aparición de la justicia reparatoria se convierta en una *innovación de ruptura* que podría apreciarse solamente en la larga duración, pero que cambiaría la naturaleza del sistema penal, liberándolo de su subordinación a la pena aflictiva.

F. Transición y transacción paradigmáticas

Varios paradigmas pueden coexistir en el seno de una misma teoría o de una misma práctica (KUHN, 1970; LACKI, 2004; MORIN, 1991; SANTOS, 2004). Tratándose de la justicia, existe una transacción entre las fuerzas partidarias de los dos modelos. En la actualidad, la justicia reparatoria ha producido un impacto en los planos teórico y discursivo y podría acrecentar progresivamente su efecto sobre las prácticas.

SANTOS “caracteriza la transición paradigmática, a la vez como una empresa intelectual y como una empresa social y política” (2002, p. 65), la preponderancia del paradigma punitivo o del paradigma reparatorio dependerá entonces de múltiples factores institucionales, políticos, culturales, ideológicos, sociales y económicos.

El peso respectivo de los paradigmas de cada modelo, en las relaciones que establecen entre ellos, podría modificarse. La tarea de invertir la concepción dominante (justicia punitiva) para sustituirle la concepción emergente (justicia reparatoria) debería movilizar una elaboración teórica pero además un trabajo pedagógico y político por parte de los partidarios de esta última. Es al precio de estos esfuerzos que la justicia reparatoria podría ocupar el lugar principal en la respuesta a los delitos, permitiendo confirmar las normas que prohíben los comportamientos nocivos pero “de una manera menos guerrera y más ciudadana de dirigirse a la trasgresión” (PIRES, 2001, p. 180).

Tradicionalmente, la ideología de la modernidad pone al Derecho en relación sólo con el Estado (centralismo) y sostiene que debe haber un solo orden jurídico en un mismo espacio geográfico (monismo).

Igualmente postula que el Derecho es siempre el fruto de una actividad explícita de una institución como el legislativo (positivismo jurídico). De acuerdo con MACDONALD (2002), ninguna de estas ideologías es sostenible hoy para pensar el Derecho en nuestras sociedades multiculturales. Para este autor, sólo el pluralismo jurídico puede responder a las evoluciones sociodemográficas que han vuelto nuestras sociedades muy heterogéneas y en constante mutación.

Una práctica reparativa como la mediación es por definición plural puesto que se trata del sitio de confrontación, de interpretación, de remodelación y de transacción entre distintos mundos de referencia. Con el objetivo de ilustrar mejor el funcionamiento de la mediación penal, resulta de gran utilidad tomar prestada la construcción de BOLTANSKI y THÉVENOT (1991). Estos autores han desarrollado un modelo compuesto por seis “mundos” (*los mundos de la inspiración, doméstico, cívico, industrial, mercantil y de la opinión*). En las situaciones cotidianas, las personas convocan estos mundos para justificar sus acciones y sus posiciones. BOLTANSKI y THÉVENOT asocian esos mundos a construcciones filosóficas y políticas clásicas, que concretizan un principio de orden social y una concepción del bien común. El trabajo del mediador consiste en facilitar el diálogo y la comprensión entre los distintos mundos convocados por las partes, sin imponer ninguna norma exterior y sin pronunciarse sobre la legitimidad de esos mundos (YOUNES, 2002).

La presencia del paradigma reparativo, así como su eventual reforzamiento, contribuye a pensar el Derecho penal de una forma distinta. La tensión entre los distintos modelos podría continuar más allá de una eventual inversión del paradigma punitivo y de su sustitución, en el rol principal, por el paradigma reparativo. Si el paradigma reparativo se convierte en el dominante, las prácticas, las representaciones y la reflexión acerca de la justicia estarán desde ese entonces orientadas por esta concepción. Es por esto que la idea de una transacción y de una transición concebidas en términos de hegemonía de uno de los paradigmas, permite comprender mejor la coexistencia y la evolución de enfoques sin embargo antagónicos de la justicia.

PIRES (1998) puso en evidencia los procesos de cristalización institucional de la racionalidad penal moderna. Esta racionalidad, convertida en el “sentido común penal” (SANTOS, 2004), es el producto de transacciones

sociales que a su vez son el resultado de “conflictos de interés histórico entre grupos” (SCHURMANS, 2006, p. 83). Su carácter contingente implica que puede cambiar si las circunstancias y los valores que la sostienen cambian. Estos cambios son el objeto “de transacciones sociales constantes por las cuales los mundos instituidos se transforman bajo la acción instituyente de los actores sociales” (SCHURMANS, 2006, p. 84). LANGUIN y sus colegas piensan que la justicia penal “atraviesa un período del cual no sabríamos decir si se trata de una transición, de una evolución apenas esbozada, de una revolución, de una regresión o de una progresión” (LANGUIN, KELLERHALS, ROBERT, 2006, p. 2). El rol emancipador del paradigma reparatorio podrá ser realizado plenamente cuando sea instituida una cultura reparatoria, lo que exigirá un cambio en las representaciones que la población se hace de la justicia puesto que “la mediación no hace parte de la cultura dominante” (BONAFÉ-SCHMITT, 2007, p. 155). Esta evolución es, en última instancia, un asunto de educación, lo que ilustra por qué la inversión del paradigma punitivo podría escalonarse en varias generaciones.

G. Bibliografía

BERISTAIN, A., 1991, “La médiation pénale: entre répression, réparation et création”, en CARIO, R. (Ed.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. Paris, L'Harmattan., 135 - 154.

BLANC, M., 1992, *Pour une sociologie de la transaction sociale*. Paris, L'Harmattan.

_____, 2009, “Conclusions”, *Actes du colloque: Reconnaissance, Reliance et Transaction*, (à paraître).

BOLTANSKI, L., THÉVENOT, L., 1991, *De la justification: les économies de la grandeur*. Paris, Gallimard.

BONAFÉ-SCHMITT, J.-P., 1992, *La médiation, une justice douce*. Paris, Syros.

_____, 1998, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*. Paris, L.G.D.J.

BONAFÉ-SCHMITT, J.-P., 2007, “La médiation scolaire: un nouveau rituel de gestion de conflits”, en *La médiation: Problématiques, figures, usages*. Nancy, Presses Universitaires de Nancy, pp. 153-171.

BRAITHWAITE, J., 2006, “Doing Justice Intelligently in Civil Society”, en *Journal of Social Issues*, 62 (2), pp. 393–409.

CARTUYVELS, Y., 2003, “Comment articuler « médiation » et « justice réparatrice »?” en JACCOUD, M., (Ed.), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences ?* (pp. 51 - 74). Paris, L'Harmattan.

CHRISTIE, N., 1975, 2005, *Au bout de nos peines*. Bruxelles, De Boeck

COHEN, P., 2001, “Provocations of Restorative Justice Social”, en *Justice Research*, 14, 2, 209 - 232.

DALY, K., 2002, “Restorative justice: The real story”. *Punishment Society*, 4(1), 55 - 79.

ENCLOS, P., 1994, “Le procès de la notion de transaction”, en BLANC, M., MORMONT, M., REMY, J., STORRIE, T., (eds). *Vie quotidienne et démocratie. Pour une sociologie de la transaction sociale* (suite). Paris, L'Harmattan, pp. 49-70.

FAGET, J., 1997, *La médiation. Essai de la politique pénale*. Ramonville Saint-Agne, (France), Éditions Érès.

FOUCAULT, M., 1975, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*. Paris, Gallimard.

GROMET, D.M., DARLEY, J.M., 2006, “Restoration and Retribution: How Including Retributive Components Affect s the Acceptability of Restorative Justice Procedure”, en *Social Justice Research*, 19(4), pp. 395-432.

GUILLAMAT, A., CAMARA, B., CASADO, C., 2006, “Victim and offender reintegration in a serious crime case. Learning from mediation during the sentence”. Communication présentée lors du congrès: *Restorative justice: An agenda for Europe*. Barcelona, Spain, European Forum for Restorative Justice.

HABERMAS, J., 1986, *Morale et communication*. Paris, Éditions du Cerf.

JACCOUD, M., 2007a, "Innovations pénales et justice réparatrice".
Version électronique : <http://champ.penal.revues.org/document1269.html>.
Champ pénal, (Innovations Pénales, mis en ligne le 29 septembre 2007).

_____ 2007b, "Justice réparatrice et réforme de l'action pénale",
en NOREAU, P., RIOUX, M., ROCHER, G., LABORIER, P., (eds). *Les réformes en
santé et en justice: le droit et la gouvernance* (titre provisoire). Québec,
Presses de l'Université Laval.

JOHNSTONE, G., 2002, *Restorative Justice. Ideas, values, Debates*. Devon
(UK), Willan Publishing.

KAMINSKI, D., 2001, "De l'amour de son prochain et de son châtement",
en A.W.J.F., Ed., *La justice de proximité en Europe*. Ramonville Saint
-Agne, Trajets ÉRÉS. .

KEIJSER, J.W., LEEDEN, R., JACKSON, J.L., 2002, "From moral theory to
penal attitudes and back: a theoretically integrated modeling approach".
Behavioral Sciences & the Law, 20(4), pp. 317 - 335.

KNOEPFLER, J., 2002, "Médiation pénale, justice réparatrice, justice de
proximité". en DITTMANN, V., KUHN, A., MAAG, R., WILPARÄCHTIGER, H., (eds).
Entre médiation et perpétuité. Zurich, Verlag Rügger, pp. 313 - 343.

KUHN, T.S., 1970, *La structure des révolutions scientifiques*. France,
Flammarion.

LACKI, J., 2004, "La connaissance par la marge ou comment l'anormal
impose la norme". Séminaire interdisciplinaire. Genève, Archives Jean
Piaget.

LANGUIN, N., KELLERHALS, J., ROBERT, C. -N., 2006, *L'art de punir. Les
représentations sociales d'une « juste » peine*. Genève, Schulthess.

MACA, D., ECHEVERRI, M., 2006, "Representaciones sociales de
Justicia Restaurativa en una comunidad marginal". *Papers on Social
Representations*, 15, 2.1 - 2.19.

MACDONALD, R., 2002, "Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées. L'hypothèse du pluralisme pour penser le droit", en YOUNES, C., LE ROY, E., (eds). *Médiation et diversité culturelle*. Paris, Karthala, pp. 21- 38.

MESTITZ, A., 2005, "A comparative perspective on Victim- Offender Mediation with youth offenders throughout Europe", en A. MESTITZ, S. GHETTI (Eds.), *Victim-Offender Mediation with Youth Offender in Europe*. (pp. 3 - 20). Dordrecht (Netherlands), Springer.

MORIN, E., 1991, *La méthode*. (Vol. 4) Les Idées. Leur habitat, leur vie, leurs moeurs, leur organisation. Paris, Seuil.

MORMONT, M., 1992, "Pour une typologie des transactions sociales", en BLANC, M., (Ed.), *Pour une sociologie de la transaction sociale*. Paris, L'Harmattan.

OST, F., 2004, *Raconter la loi*. Paris, Odile Jacob.

PINGEON, D., 2007, *En découdre avec la violence. La médiation scolaire par les pairs*. Genève, ies éditions.

PIRES, A., 1998, "La formation de la rationalité pénale moderne au XVIIIe siècle", en C. DEBUYST, F.D., F., A. PIRES (Ed), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. Bruxelles, De Boeck.

_____, 2001, "La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique", en *Sociologie et Sociétés*, XXXIII, 1, 179-2004.

REMY, J., 1996, "La transaction, une méthode d'analyse: contribution à l'émergence d'un nouveau paradigme". *Environnement & Société*, (17), pp. 9-31.

ROBERTS, J.V., STALANS, L.J., 2004, "Restorative Sentencing: Exploring the Views of the Public". *Social Justice Research*, 17(3), pp. 315-334.

SANTOS, B.D.S., 2002, *Toward a New Legal Common Sense*, East Kilbride, (Scotland), Butterworths LexisNexis.

_____, 2004, *Vers un Nouveau Sens Commun Juridique*, Paris, L.G.D.J.

SCHURMANS, M. -N., 1994, “Négociations silencieuses à Evolene: transaction et identité sociale”, en BLANC, M., MORMONT, M., RÉMY, J., STORRIE, T. (eds.). *Vie quotidienne et démocratie. Pour une sociologie de la transaction sociale* (suite). Paris, L'Harmattan, pp. 129-154.

_____ 1996, “Transaction sociale et représentations sociales”. *Environnement & Société*, (17), pp. 57- 71.

_____ 2001, “La construction sociale de la connaissance comme action”, en BAUDOIN, J. -M., FRIEDRICH, J., (eds.). *Théories de l'action et éducation*. Bruxelles, De Boeck Université, pp. 157-177.