



ANEXO DE LECTURAS

**CURSO: “FUNDAMENTO JURÍDICO
NORMATIVO INTERNACIONAL”**

UNIDAD I: LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Sampedro-Arrubla, Julio Andrés. La justicia restaurativa: Una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA
NUEVA VÍA, DESDE LAS VÍCTIMAS, EN
LA SOLUCIÓN AL CONFLICTO PENAL*

*RESTAURATIVE JUSTICE: A NEW CHANNEL,
FROM THE VICTIMS TOWARDS THE
SOLUTION OF THE CRIMINAL CONFLICT*

JULIO ANDRÉS SAMPEDRO-ARRUBLA**

Fecha de recepción: 15 de agosto de 2010

Fecha de aceptación: 2 de octubre de 2010

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE
Julio Andrés Sampedro-Arrubla, *La justicia restaurativa: una nueva vía,
desde las víctimas, en la solución al conflicto penal*, 17 *International Law,
Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 87-124 (2010).

* Artículo de reflexión producto del grupo de investigación en Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

** Director del Departamento de Derecho Procesal y del Centro de Estudios en Criminología y Victimología de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia.
Contacto: sampedro@javeriana.edu.co.

RESUMEN

El presente artículo busca aportar ideas al estudio de la Justicia Restaurativa como un instrumento que hace posible el encuentro creativo y humano en busca de una solución consensuada del proceso y la generación de nuevas formas de convivencia. Para ello, sustenta primero que la Justicia Restaurativa, como una visión alternativa del proceso penal, debe reconocer que la conducta punible causa daños concretos a las personas involucradas y también a la comunidad en general; por tanto, a la comunidad y a las partes del conflicto, se les debe permitir participar en la solución del conflicto. En segundo lugar, resalta los postulados básicos de la Justicia Restaurativa como la verdad, la justicia y la reparación, así como la necesidad de tratar a la víctima como protagonista del delito. En esa medida, hay que volver la justicia penal, humanitaria, mediadora, reparadora y compensadora, para lograr un diálogo de reconciliación entre el victimario y la víctima.

Palabras clave autor: Justicia restaurativa, proceso penal, víctima, verdad, justicia y reparación.

Palabras clave descriptor: Justicia restaurativa, proceso penal, víctima, verdad, justicia y reparación.

ABSTRACT

This article seeks to provide a new perspective to the study of Restorative Justice as an instrument that allows a humane and creative common ground in search of a consensual solution to the process and creation of new ways of coexistence. In order to do so, it begins by arguing that, as an alternative perspective of the criminal process, Restorative Justice must recognize that punishable conduct causes concrete damages to the involved individuals as well as the community in general. As such, the community and the parties involved should be allowed to participate in the solution of the conflict. The article proceeds to highlight the basic principles of Restorative Justice such as truth, justice and reparation; as much as the requirement to treat victims, individually and collectively, as the main characters of the crime and, in that sense, return to criminal, humanitarian, mediatory, reparative and compensatory justice so as to achieve a reconciliatory dialogue between the perpetrators and the victims.

Key words author: *Restorative justice, criminal procedure, victim, truth, justice, reparation.*

Key words plus: *Restorative justice, criminal procedure, victim, truth, justice, reparation.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA VISIÓN ALTERNATIVA DEL SISTEMA PENAL.- II. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA PROPUESTA DESDE Y HACIA LAS VÍCTIMAS.- III. VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN: TRES COORDENADAS FUNDAMENTALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.- A. *El derecho a saber o derecho a la verdad.*- B. *El derecho a la Justicia.*- C. *El derecho a la reparación.*- IV. POSTULADOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.- V. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN COLOMBIA: UN EMPEÑO POR HUMANIZAR LA JUSTICIA Y SUPERAR LA BARBARIE.- A. *Lamediación.*- B. *Dinámica de la mediación.*- C. *Efectos de la mediación.*- VI. REFLEXIÓN FINAL: LA JUSTICIA RESTAURATIVA, LA HUMANIZACIÓN DEL SISTEMA PENAL DESDE LAS VÍCTIMAS.- BIBLIOGRAFÍA.

*“La tarde avanza lentamente,
y yo mirando quiero ver”*

Eduardo Chillida

I. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA VISIÓN ALTERNATIVA DEL SISTEMA PENAL

José Saramago, Premio Nobel de Literatura en 1998, escribe que es una vieja costumbre de la humanidad esa de pasar al lado de los muertos y no verlos.¹ Esta frase nos remite a los modelos de justicia que tradicionalmente se han venido construyendo, en los cuales se nos acostumbró a la ausencia de las víctimas, de quienes padecen la injusticia. Pero igualmente es un llamado de atención, una exigencia para pensar el sistema judicial como un escenario en el que reparemos en la presencia agobiante y contundente de los muertos, en el que aceptemos nuestra responsabilidad en la producción de la barbarie y en el que sea posible dar respuestas humanizadas a los conflictos, en busca de la reconciliación y la convivencia pacífica.

A ver y a sentir la presencia de los muertos se encamina la Justicia Restaurativa. Esta cosmovisión surge en el ámbito de la victimología y la criminología y apunta a reconocer que la conducta punible causa daños concretos a las personas y las comunidades e insta a que la justicia repare efectivamente esos daños y a que tanto a la comunidad como a las partes en conflicto se les permita participar activamente en el proceso de su solución. Los programas de justicia restaurativa, por consiguiente, habilitan a las víctimas, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al delito. El *proceso* restaurativo debe involucrar a todas las partes como aspecto fundamental para alcanzar el *resultado* restaurador de reparación y paz social.

La Organización de las Naciones Unidas, ONU, enfatiza estos aspectos al establecer que por programa de *justicia restaurativa* se entiende todo programa que utilice *procesos restaurativos* e

1 José Saramago, *Ensayo sobre la ceguera*, 383 (Editorial Alfaguara, Bogotá, 2001).

intente lograr *resultados restaurativos*, entendiendo por *proceso restaurativo* todo proceso en que las víctimas, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectado por un delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador; y por *resultado restaurativo* debe entenderse un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo cuyo contenido sea la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes en conflicto y a lograr la reintegración de las víctimas y del delincuente.²

De acuerdo con lo anterior, la justicia restaurativa constituye una visión alternativa del sistema penal que, sin menoscabar el derecho del Estado en la persecución del delito, busca, por una parte, comprender el acto criminal en forma más amplia y en lugar de defender el crimen como simple transgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades e incluso a ellos mismos; y por la otra, involucrar más partes en respuesta al crimen, en vez de dar papeles clave solamente al Estado y al infractor, incluye también víctimas y a la comunidad. En pocas palabras, la justicia restaurativa valora en forma diferente el éxito frente al conflicto, en vez de medir cuánto castigo fue infligido, establece si los daños son reparados o prevenidos.³

2 Organización de Naciones Unidas (ONU), *Principios básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*, en *Informe de la reunión del grupo de expertos sobre justicia restaurativa* (Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, 11 período de sesiones, Viena, 16 a 25 de abril de 2002). Disponible en: <http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf>.

3 Si hay una historia, si hay un tiempo -escribe Joan-Carles Mèlich-, quiere decir también que hay otras historias posibles, otros mundos. El ser humano es finito porque vive en un mundo, en una interpretación, pero desde esta interpretación puede imaginar otros mundos, mundos diferentes, alternativos. Joan-Carles Mèlich, *Filosofía de la Finitud*, 43 (Editorial Herder, Barcelona 2002).

II. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA PROPUESTA DESDE Y HACIA LAS VÍCTIMAS

La justicia restaurativa tiene como punto de partida el reconocimiento de que las víctimas son una realidad presente que nos habla de las injusticias del pasado y nos obliga a tomar en cuenta sus derechos como el camino obligado a seguir para la construcción de una sociedad más humana;⁴ es una propuesta que propende por el diseño de una justicia de las víctimas sin venganza que fije su mirada en el sufrimiento de los inocentes, en la reparación del daño ocasionado voluntariamente y la proyecte como un valor superior, condición ineludible de la paz;⁵ nos llama la atención acerca de la necesidad de diferenciar entre *venganza* y *justicia*, dos conceptos con los que existe, en especial en sociedades como la colombiana, una tentación irresistible a tratar como sinónimos; sin embargo, como lo plantea Manuel Reyes Mate-Rupérez, las diferencias son sustanciales, la justicia pone su mirada en la víctima, en el daño objetivo que se le ha hecho y se plantea la reparación del daño. La venganza, por el contrario, tiene en punto de mira al verdugo y lo que busca es hacérselas pasar a él tan mal como él se lo ha hecho pasar a la víctima. De esta manera, cuando la sanción al culpable pierde su objetivo de justicia (reparar el daño, impedir que este se repita, resocializar al delincuente), hacer justicia se convierte en un acto de venganza.⁶

4 La realidad de un país –escribe Manuel Reyes Mate-Rupérez– no es la misma con víctimas que sin ellas. No es la misma realidad ontológica porque el asesinato introduce en la realidad la figura de la ausencia. Hay presencia ausente. Y dentro de esa extraña realidad, no es lo mismo un asesinato que 806: cada asesinato carga a la realidad presente de una particular ausencia. Reyes Mate, *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*, 254 (Editorial Trotta, Madrid, 2003).

5 La justicia recreativa –escribe Antonio Beristain-Ipiña– no pretende hacer sufrir al victimario, pero sí que este reconozca su crimen y restaure el perjuicio causado a las víctimas directas e indirectas. Antonio Beristain-Ipiña, *Justicia Restaurativo-Agápica, no vindicativa, Palabras de agradecimiento en el Acto Académico de imposición de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort*, 15 Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 258-260 (2001). Disponible en: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivcke_i_eguzkilore_numero15/es_numero15/adjuntos/15.pdf.

6 Reyes Mate, *En torno a una justicia anamnética*, en *La ética ante las víctimas*, 100-125, 101 (Ed. Anthropos, Madrid, 2003).

Esta forma de imaginar la justicia hace que el proceso, de ser un espacio irreal, deshumanizado y excesivamente dogmático, pase a ser un escenario para el encuentro víctima-victimario, un espacio para el testimonio que creativamente enlaza la experiencia pasada y la presente, y la proyecta a un futuro para que el pasado no quede en el olvido,⁷ y para que aquel que recibe la experiencia pueda rehacerla y aprender de ella. Se trata de una justicia anamnética⁸ que nos comunique una experiencia por medio del encuentro que se hace posible en el proceso penal, una experiencia histórica del mal radical que lucha para evitar la repetición de este.⁹

Esta dimensión del espacio judicial exige volver la mirada al otro, a las víctimas y a los victimarios como protagonistas indispensables de una relación ética, una relación de compasión y de responsabilidad, en la que se acojan mutuamente; *a priori* —escribe Joan-Carles Mèlich—, el otro no es ni una amenaza ni un amigo, sino que en cada momento, en cada instante, puede llegar a ser amigo o enemigo.¹⁰ La justicia restaurativa busca acercarnos a esa visión inédita de la justicia en la que sin pretender hacer sufrir al victimario, este reconozca su crimen y restaure el daño causado a las víctimas directas e indirectas. Pensar la justicia en una dimensión restaurativa significa reconocer a las víctimas como protagonistas del delito, el cual, sin dejar de considerarse como una conducta que pone en peligro o vulnera un bien tutelado por el Estado, se considera primordialmente como un conflicto humano que requiere ser superado,

7 La ausencia del pasado hace insuficiente el presente e impide la construcción de un futuro diferente, novedoso, que no sea la simple repetición del presente —escribe Joan-Carles Mèlich— ante los acontecimientos del pasado y del presente no se puede seguir como si nada hubiera sucedido. La filosofía ni puede ni debe legitimarlos, está obligada a decir 'no', a 'negar', a 'criticar'. Toda filosofía, toda acción pedagógica, toda política social y jurídica debe estar comprometida con los acontecimientos del presente, con los acontecimientos de barbarie y está obligada a la transformación social, a la solidaridad y a la responsabilidad con los marginados, los humillados, los vencidos. Joan-Carles Mèlich, *Totalitarismo y Fecundidad. La Filosofía frente a Auschwitz*, 93 (Editorial Anthropos, Barcelona, 1998).

8 Marta Tafalla, *Theodor W. Adorno, una filosofía de la memoria*, 202 y ss. (Editorial Herder, Barcelona, 2003).

9 Joan-Carles Mèlich, *Filosofía de la Finitud* (Editorial Herder, Barcelona 2002).

10 Joan-Carles Mèlich, *Filosofía de la Finitud*, 48 (Editorial Herder, Barcelona 2002).

no mediante el castigo sino por la sanción constructiva –como escribe Antonio Beristain-Ipiña–, no de la nada, sino desde la cosa dañada; desde y con las ruinas.¹¹

La justicia restaurativa apunta a la idea del delito como una oportunidad para la construcción de nuevas relaciones entre las partes involucradas, es una justicia desde y hacia las víctimas que tiene en cuenta el pasado, que busca reconocerlo, regresar a él, pero no para instalarse en el dolor, sino para reconocer que se ha cometido una injusticia (que allí hay derechos pendientes) y a partir de allí visualizar el futuro.

Desde la ética, como lo pretende el modelo restaurativo, Reyes Mate esboza tres componentes para una justicia que tenga en cuenta el pasado:

- En primer lugar, *responder a una sensibilidad nueva*. Esto es, una justicia que desborde los estrechos límites del tiempo y del espacio en los que permanecía encerrada. Los procesos contra Augusto Pinochet, los militares argentinos y, al menos simbólicamente, la creación de una Corte Penal Internacional son ejemplos con los cuales la justicia ha buscado trascender los límites territoriales y temporales de la justicia. Estos casos nos han enseñado que hay hechos que comprometen la existencia misma de la especie animal y vegetal e implican daños irreversibles para la humanidad. En este sentido, señala Mate-Rupérez, dos medidas han marcado un paso gigantesco en la historia moral del derecho, el Juicio de Nuremberg a los criminales nazis y la Ley que en 1964 votó el Parlamento francés para declarar la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

Este desborde espacial y temporal de la justicia, aun con la dificultad que supone tomar la decisión acerca de la imprescriptibilidad de solo determinados crímenes, señala el desper-

11 Antonio Beristain-Ipiña, *Criminología, victimología y cárceles*, Tomo I, 274 (Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores No. 22, Bogotá, 1996).

tar de una sensibilidad nueva respecto a la responsabilidad actual de crímenes pasados que va en aumento.¹²

- En segundo lugar, *la justicia de las víctimas significa entender la justicia como respuesta a la experiencia de la injusticia*, es decir, remitirse a los hechos, escuchar los gritos o el duelo que el sufrimiento humano causa; esta experiencia subyace a toda la elaboración de la teoría de la justicia, de tal manera que para llegar ahí, es necesario partir de la experiencia de injusticias procesada por la humanidad a lo largo de los siglos en el lenguaje.¹³ Sin embargo, es de tener en cuenta que el lenguaje humano conlleva una deficiencia: resulta insuficiente para nombrar las cosas, es decir, no puede aproximarnos a ellas más que a tientas, mediante conceptos, permitiendo solo una aproximación a la singularidad del individuo, a sus circunstancias, en forma global.

Con todo, la experiencia, para ser viva –dice Joan-Carles Mèlich–,¹⁴ tiene que poder ser transmitida, para lo cual se necesita del testimonio, pues el que da testimonio enlaza la experiencia pasada y la presente, y la abre a un futuro para que el pasado no quede en el olvido, y para que aquel que recibe la experiencia pueda rehacerla y aprender de ella.¹⁵

- Por último, en tercer lugar, *la justicia de las víctimas descubre que hay dos visiones de la realidad: la de los vencedores y la de los vencidos*. Para los vencedores, afirma Manuel Reyes Mate-Rupérez, la suspensión de los derechos, el tratamiento del hombre como *nuda vida*, es decir, todo lo que el estado de excepción conlleva, es una medida excepcional, transitoria,

12 Reyes Mate, *En torno a una justicia anamnética*, en *La ética ante las víctimas*, 100-125, 105-106 (Ed. Anthropos, Madrid, 2003).

13 Reyes Mate, *En torno a una justicia anamnética*, en *La ética ante las víctimas*, 100-125, 107 (Ed. Anthropos, Madrid, 2003).

14 Joan-Carles Mèlich, *Filosofía de la Finitud* (Editorial Herder, Barcelona 2002).

15 No obstante –escribe Joan-Carles Mèlich–, el testimonio, como todo aquello que afecta a los seres humanos, puede pervertirse. Dar testimonio puede llegar a ser un dar ejemplo. Creo que *el ejemplo* es la perversión del testimonio. El que da ejemplo se pone a sí mismo como modelo... En la acción de testimoniarse, en cambio, resulta mucho más importante la experiencia y, sobre todo, la revisión de la experiencia por parte del que la recibe. Para aquel que verdaderamente da testimonio, *el otro* es mucho más importante que el propio yo. Joan-Carles Mèlich, *Filosofía de la Finitud*, 109 (Editorial Herder, Barcelona 2002).

conducente al control y superación de un conflicto; mientras que para las víctimas esa excepcionalidad es la regla, siempre han vivido así, suspendidos en sus derechos y marginados en la historia. Lo coherente es construir un concepto de historia en torno a esa experiencia de injusticia permanente, romper con ese *continuum* opresor y declarar el verdadero estado de excepción al estado real de excepción.¹⁶

Con una justicia de las víctimas –como lo es un modelo restaurativo–, se trata de ver el mundo de manera invertida, con los ojos de las víctimas que desvelan el sufrimiento humano y nos advierten que allí hay derechos que el sistema penal ha dejado pendientes y mientras no se atiendan, nada impide que la barbarie del delito se repita; el silencio del hombre, su indiferencia ante la victimación, enferma, impide escuchar el estruendo de la barbarie y ahoga la voz de las víctimas que reclaman sus derechos pendientes; por ello, con la justicia de las víctimas se impone una estrategia que permita repensar conceptos, como el de víctimas del delito, sobre los que se fundamenta el sistema penal para hacerlos más comprensivos a fin de que posibiliten una justicia pluralista y más humana.

Así las cosas, la comprensión del delito como un conflicto humano (no por ello menos grave), la variada y compleja gama de daños que padecen las víctimas, el distinto origen de los daños (victimación primaria, secundaria y terciaria), la necesidad de reinserción o resocialización de la víctima marginada por la experiencia criminal y el hecho de que el daño no se agota en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se constituyen en los supuestos victimológicos que dan vida al modelo restaurativo en el sistema penal, un modelo que franquea todo el sistema de administración de justicia en busca de la construcción de un espacio para el encuentro víctima-victimario, no solo desde la diferencia, sino desde la deferencia,¹⁷ un encuentro creativo que

16 Reyes Mate, *En torno a una justicia anamnética*, en *La ética ante las víctimas*, 100-125, 108 (Ed. Anthropos, Madrid, 2003).

17 Ser deferente –escribe Joan-Carles Mèlich– es responder al otro y del otro, responsabili-

se constituye en una oportunidad desde la que se puede responder a las víctimas y por las víctimas, y en el que, mediante una estrategia basada en la verdad, la justicia y la reparación, apunta a la reconstrucción del tejido social roto por el delito.

III. VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN: TRES COORDENADAS FUNDAMENTALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La visión restaurativa de la justicia, como lo hemos planteado, se fundamenta en tres ejes: *la verdad, la justicia y la reparación*.

Sobre estas coordenadas, la Organización de las Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos por medio de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías) encargó a Louis Joinet la elaboración de un estudio sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, resultado de lo cual se presentó *El Informe Joinet*.¹⁸ Este documento contiene los principios básicos para la protección y promoción de los derechos humanos para la lucha contra la impunidad, con referencia a las víctimas consideradas como sujetos de los derechos *a saber (verdad), a la justicia y a la reparación*.

A. *El derecho a saber o derecho a la verdad*

El derecho a saber o derecho a la verdad comprende el derecho a la verdad, como derecho individual de la víctima, como un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia para evitar que en el futuro puedan reproducirse las violaciones.

zarse del otro que no tiene poder. Para ser deferente es necesario romper el imperialismo de lo económico (circuito oferta-demanda) e instaurar el tiempo, tener presente el tiempo. Joan-Carles Mèlich, *Filosofía de la Finitud*, 114 (Editorial Herder, Barcelona 2002).

18 Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, *La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Louis Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión*. Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. 12 de octubre de 1997. Disponible en: http://ddooss.org/informes/Joinet_impunidad.pdf.

Como contrapartida, al Estado le corresponde el deber de recordar; los crímenes y las graves violaciones a los derechos humanos resultan impunes cuando no han sido objeto de revisión. La no revisión impide poner de presente la realidad de la barbarie. Cuando no hay revisión de la verdad ni hay satisfacción de los derechos de las víctimas, la sociedad queda –irremediablemente– condenada a repetir la barbarie, porque no hay enseñanza.

Este planteamiento nos remite a dos modelos contrapuestos de la filosofía de la historia: por una parte, el historicismo, ideología del *continuum* o progreso, que proporciona una masa de hechos para llenar el tiempo homogéneo y vacío; y por la otra, la historia como interrupción, perspectiva desde la cual el hecho de barbarie constituye un acto singular y único que conmueve a la sociedad e invita a la reflexión.¹⁹ La tradición en Colombia, debemos reconocerlo, ha sido la primera; su historia se constituye en un intento permanente por acudir al perdón sin revisión, a pasar la página, como forma de superación de los macroconflictos, habiendo sido el Estado el que, ocupando la posición de la víctima, se ha abrogado la facultad de perdonar.

El ocultamiento sistemático de la verdad es una de las características fundamentales en la macrovictimación. El ocultamiento puede adoptar diversas modalidades que van desde la creación de una versión oficial en la que se tacha de enemigos de la paz a quienes se atreven a desenmascarar esa mentira institucionalizada, hasta el silencio general con el que se pretende reconstruir la sociedad sobre el olvido forzado.

La creación de una “versión oficial” de los hechos que desecha aspectos cruciales de la realidad y se impone por medio de un intenso despliegue publicitario, termina por beneficiar a los victimarios y causar daños adicionales a las víctimas. Así, por ejemplo, sucedió en Colombia durante el gobierno del presidente Andrés Pastrana (1998-2002), cuando se creó, en consenso entre el gobierno y el grupo armado de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, una versión oficial de la

19 Reyes Mate, *La razón de los vencidos*, 210 (Editorial Anthropos, Barcelona, 1991).

negociación de paz en la cual fue patente la exclusión absoluta de los intereses de las víctimas. El silencio general que se tiende sobre los hechos los relega a un rápido olvido, a un pasado aparentemente superado por el desarrollo de los acontecimientos, tal como sucedió con el proceso de desmovilización que se realizó en Colombia con el grupo guerrillero M-19.²⁰

De ahí la necesidad, sobre la cual llama la atención el modelo restaurativo, de rescatar el escenario judicial como un espacio para la verdad; el interés de la justicia –escribe Johannes Baptist Metz– pertenece a las premisas de búsqueda de la verdad. En eso, el conocimiento de la verdad tiene un fundamento práctico, en él radica el poder crítico y liberador de la palabra de la verdad.²¹

Porque la alternativa es recordar para evitar la repetición, es posible sostener que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material;²² sin embargo, es necesario relativizar este argumento, pues en un Estado Social y Democrático de Derecho esta tarea no puede realizarse a cualquier precio, pues está limitada por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos.²³ Como escribe Francisco Muñoz-Conde, principios como el de proporcionalidad o el derecho a la intimidad impiden utilizar, de un modo absoluto o relativo, técnicas de averiguación de la verdad como la tortura, el empleo del llamado “suero de la verdad”, el detector de

20 Frecuentemente –escribe Carlos Martín-Beristain–, las versiones oficiales plantean que es necesario pasar la página de la historia para reconstruir la sociedad. De esta manera, se trata de reconstruir sobre el olvido forzado, como si ese hecho no tuviera ya consecuencias importantes en el propio proceso de reconstrucción. Sin embargo, los responsables plantean su propia versión de los hechos donde predominan la evitación del recuerdo o su recuerdo convencionalizado, cumpliendo, de esta manera, la función de mantener una imagen coherente de sí mismos. Carlos Martín-Beristain, *Reconstruir el tejido social. Un enfoque crítico de la ayuda humanitaria*, 258/259 (Icaria/Antrazyt, Barcelona, 2004).

21 Johannes Baptist Metz, *Por una cultura de la memoria: Presentación y epílogo de Reyes Mate*, 105 (Editorial Anthropos, Barcelona, 1999).

22 El proceso penal –escribe Julio B. J. Maier– tiene por misión, precisamente, averiguar este suceso histórico y darle una solución jurídico-penal. Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal. II Parte General. Sujetos Procesales*, 23 (Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003).

23 Karl Heinz Gössel, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, 45 *Cuadernos de Política Criminal*, 673-694 (Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Criminología, Editoriales de Derecho Reunidas, EDESA, 1991).

mentiras o las grabaciones de conversaciones telefónicas sin autorización judicial.²⁴

En esencia, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia constitucional en Colombia,²⁵ el derecho a la verdad incorpora como garantías implícitas *el derecho inalienable a la verdad, el deber de recordar y el derecho a saber*. La primera garantía conlleva el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes; la segunda, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado; y la tercera, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.²⁶

B. El derecho a la Justicia

El derecho a la Justicia se concreta en la posibilidad para todas las víctimas de hacer valer sus derechos, al beneficiarse de un recurso justo y eficaz.

Como se subraya en la estructura de los principios en la lucha contra la impunidad, “no existe reconciliación justa y durable sin que les haya sido dada una respuesta efectiva a los deseos de la justicia”. Así, el verdadero “perdón” –como forma de reconcilia-

24 Francisco Muñoz-Conde, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Lección Inaugural Curso 1998-1999*, 52 (Universidad de Pablo de Olavide, Sevilla, 1998).

25 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-454 de 2006, magistrado ponente Jaime Córdoba-Triviño. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/2006/c-454_2006.html.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-209 de 2007, magistrado ponente Manuel José Cepeda-Espinosa. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/2007/c-209_2007.html.

26 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-454 de 2006, magistrado ponente Jaime Córdoba-Triviño. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/2006/c-454_2006.html.

ción— supone que las víctimas conozcan al victimario y este, a su vez, se encuentre en disposición de manifestar su arrepentimiento: “Para que el perdón pueda ser concedido, es necesario que sea solicitado”.

De otra parte, el derecho a la justicia impone al Estado la obligación de investigar las violaciones, la de perseguir a sus autores y la de asegurar su sanción una vez establecida la culpabilidad en orden a la prevención, es decir, a la no repetición de la barbarie. Así, por ejemplo, en desarrollo de los principios a que se alude, la amnistía no puede ser concedida a los autores de violaciones, en tanto no se haya obtenido justicia por la vía de un recurso eficaz. Carece, además, de efecto jurídico alguno sobre las acciones de las víctimas relacionadas con el derecho a la reparación.

El derecho a la justicia se hace necesario para que el futuro de la sociedad no se construya sobre el olvido. La verdad sobre las realidades aberrantes solo es completamente verdad cuando los crímenes observados son sometidos a la justicia para que puedan ser reparados. Sin embargo, al hacer justicia, debe tenerse en cuenta que el derecho apunta hacia la reparación y no hacia la venganza,²⁷ sin que por ello se convierta en coartada de perdones encubridores; la justicia supone reparar el daño, impedir que se repita (prevención general),²⁸ procurar la reeducación del criminal y la repersonalización de las víctimas. Lo propio de la justicia es reparar el daño a las víctimas, mientras que lo

27 En muchos sentidos —escribe Paul Ricoeur—, el castigo, sobre todo si conserva algo de la vieja idea de expiación, sigue siendo una forma atenuada, filtrada, civilizada, de venganza. Esta persistencia de la violencia-venganza hace que solo accedamos al sentido de la justicia por el desvío de la protesta contra la injusticia. El grito *¡es injusto!* expresa muy a menudo, en lo que concierne a la verdadera naturaleza de la sociedad y al lugar que en ella ocupa la violencia, una intuición más clarividente que todo discurso racional o razonable sobre la justicia. Paul Ricoeur, *Lo justo*, 181 (Caparrós Editores, Madrid, 2003).

28 Actualmente, se puede atribuir a la prevención general un mayor significado que el meramente intimidatorio que tradicionalmente ha manejado el derecho penal —escribe Claus Roxin—, así que en la prevención general positiva se pueden distinguir tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el *efecto de aprendizaje*, motivado socialpedagógicamente; el ejercicio en la confianza del derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el *efecto de confianza* que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica; y, finalmente, el *efecto de pacificación*, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor (prevención integradora). Claus Roxin, *Derecho penal, parte general*, 91 (Editorial Civitas, Madrid, 1997).

que prevalece en la venganza es el sufrimiento que se pueda causar al victimario. En nuestras sociedades, no ha sido posible establecer una línea divisoria que delimite los dos conceptos. Así lo advierte Reyes Mate, cuando sostiene que lo problemático de esta diferenciación conceptual es que, en la práctica del derecho, se confunden muchas veces. Las relaciones instintivas confunden hacer justicia con castigar al culpable; y eso pasa también en el derecho, pero cuando el castigo al culpable pierde de vista su objetivo de justicia, entonces hacer justicia tiene algo de venganza.²⁹

El acto de juzgar, desde una perspectiva restaurativa, más que la seguridad que genera impedir a los individuos el ejercicio directo de la justicia (venganza), tiene como finalidad la paz social;³⁰ el acto de juzgar es un reconocimiento, debe dar tanto a las víctimas como a los victimarios, la capacidad para considerar al otro, como a sí mismo, como un sujeto de derecho que tiene argumentos respetables y que su causa, como la propia, merece ser escuchada.³¹

Así las cosas, el derecho a la justicia tiene como garantías implícitas *el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; y el deber de respetar el debido proceso en todos los procedimientos judiciales.*

C. El derecho a la reparación

Por último, este derecho conlleva tanto medidas individuales como medidas generales y colectivas. En los sistemas penales modernos, la reparación a las víctimas es uno de los temas de mayor relevancia en la medida en que esta supera los criterios

29 Reyes Mate, *En torno a una justicia anamnética*, en *La ética ante las víctimas*, 100-125, 101 (Ed. Anthropos, Madrid, 2003).

30 Jaime Guasp, *La paz como fundamento del derecho*, en *Estudios Jurídicos* (Editorial Civitas, Madrid, 1996).

31 El reconocimiento –escribe Paul Ricoeur– solo sería completo si esto pudiera ser dicho por aquel que ha perdido, por el que no tuvo razón, el condenado; debería poder declarar que la sentencia que le quita la razón no es un acto de violencia, sino de reconocimiento. Paul Ricoeur, *Lo justo*, 181 (Caparrós Editores, Madrid, 2003).

tradicionales del derecho penal vindicativo para aportar una respuesta creativa al delito, además de constituir un instrumento que permite viabilizar negociaciones de paz en casos de macrovictimación. La pena privativa de la libertad no puede ser la única respuesta a la delincuencia, esta tiende a deslegitimarse en soledad; la pluralidad de respuestas al delito no es sino un correlato a la pluralidad de situaciones que llevan a las personas concretas a delinquir.³²

La reparación surge, en derecho penal, como una respuesta que pretende evitar el reduccionismo;³³ no es una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima; puede ser experimentada por él como algo necesario y justo, además de fomentar un reconocimiento de las normas. Igualmente, puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y facilitar la reintegración del culpable.³⁴

Diferentes son los modelos que la doctrina ha planteado para la inclusión de la Reparación en el sistema penal; en una tendencia restringida o minimalista se considera que la reparación solo puede situarse en una relación de dependencia con las sanciones penales,³⁵ mientras que en una tendencia amplia se la considera como una consecuencia jurídico-penal autónoma.³⁶

32 Joaquín Giménez-García, *Relación entre delincuente, víctima y administración de justicia*, 8 *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Extraordinario, 119-128 (diciembre de 1995). Disponible en: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivckei_eguzkilore_num_extr8/es_extra8/adjuntos/gimenezgarcia.pdf.

33 Hans Joachim Hirsch, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, en *De los Delitos y de las víctimas*, 53-90 (Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992).

34 Claus Roxin, *Derecho penal, parte general*, 109 (Editorial Civitas, Madrid, 1997).

35 Este modelo hace relación más a la institución de la compensación civil de los daños víctima-autor, al facilitar el acceso de las víctimas a una indemnización, sin que constituya avance alguno frente a legislaciones que, como la colombiana, admiten la posibilidad de intervención del sujeto pasivo del delito en el proceso penal.

36 Este modelo se manifiesta en una tendencia que considera la reparación como una consecuencia jurídico-penal autónoma; se pueden diferenciar dos orientaciones: por una parte, la reparación como una tercera vía, la cual busca integrarla al sistema penal como una sanción de naturaleza penal que opera autónomamente al lado de las penas y de las multas, con la posibilidad de ser impuesta en su lugar. En este evento, la reparación debe ser más amplia que el solo resarcimiento del daño establecido por el derecho

Hay quienes ven en este modelo una amenaza para las garantías reconocidas al imputado en el proceso penal y manifiestan temor por su derogación;³⁷ sin embargo, este modelo no es más que el reconocimiento, sobre la base del respeto a los derechos fundamentales de todos los protagonistas del delito y no solo de uno de ellos, de su papel principal en el drama que han debido enfrentar y la búsqueda de nuevos mecanismos que posibiliten la convivencia pacífica. La Reparación se legitima gracias al Principio de Subsidiariedad del Derecho Penal, según el cual, la pena solo puede utilizarse cuando no se dispone de ningún otro mecanismo, menos fuerte, que sirva para el mantenimiento de la paz social, por ello afirma Claus Roxin que si la reparación fuera suficiente para resolver un conflicto social, la pena cede ante ella. Si no basta por sí sola, deberá al menos moderar la pena en su duración y configuración, pues la reparación que sustituye a la pena o la modera no es, como todavía suele entenderse hoy, un cuerpo extraño en el Derecho sancionador penal, sino que pertenece al mismo como un componente esencial de las posibilidades de reacción estatal demandado por el principio de subsidiariedad.³⁸

El fundamento político-criminal de la reparación tiene como punto de partida el reconocimiento positivo de la disposición del autor en la asunción de su responsabilidad ante las víctimas y en

civil, pudiendo, eventualmente, colocarse aquí algo menos y quizás algo más que la obligación indemnizatoria e introducirse modificaciones, como el trabajo de utilidad para la comunidad. En el contexto penal, adquiere un significado y contenido diferente al de reparación civil del daño, aun cuando pueda coincidir parcialmente con este y se configura como una institución limítrofe (o híbrida) entre la pena y la responsabilidad civil, que puede llegar a afectar la determinación concreta de ambas, pero que no se identifica con ninguna de ellas. Por otra parte, una tendencia que sostiene la posibilidad de reconocer a la reparación como un nuevo fin de la pena, que podría alcanzar un significado independiente junto a la retribución, siempre que se mantenga, como a la prevención general y especial. La reparación contribuye a la consecución de los fines de la pena y particularmente a la obtención de la prevención integradora, es decir, al efecto pacificador que justifica la reacción jurídico-penal; se trata de una clase de pena que amplía el catálogo convencional, tiene como fundamento un efecto preventivo general y es sobrellevada por el autor como un mal.

37 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 26 (Editorial Trotta, Madrid, 1999).

38 Claus Roxin, *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Madrid, 23 (1991).

su caso ante la sociedad; por ello, su contenido es amplio y puede o no coincidir con los elementos propios de la responsabilidad civil. La reparación abarca tanto prestaciones materiales como inmateriales, e incluso prestaciones que suponen la dedicación de tiempo o de trabajo en beneficio de las víctimas. En este marco, aparece la reparación simbólica que tiene como destinatario a la sociedad y, por su distanciamiento en relación con el daño efectivo que se produce a un sujeto concreto, representa un terreno simbólico con las penas.

En el plano individual, las víctimas –ya sean víctimas directas, parientes o personas a cargo– tienen derecho a una respuesta efectiva a sus expectativas y necesidades. La reparación a las víctimas constituye uno de los aspectos de mayor relevancia en la medida en que supera los criterios tradicionales del derecho penal vindicativo para aportar una respuesta creativa al delito, además de constituir un instrumento que permite viabilizar negociaciones de paz en casos de macrovictimación. En el ámbito colectivo, a título de reparación moral, hay medidas como el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales para restablecer a las víctimas su dignidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas y los monumentos, prestaciones que permiten asumir de mejor manera un trabajo pedagógico orientado a la elaboración de una memoria ejemplar³⁹ que, como escribe Fernando Bárcena,⁴⁰ permita, sin negar la singularidad del suceso, recuperarlo como una manifestación de una categoría más general, para servir como modelo o ejemplo para comprender situaciones nuevas, aceptando que las víctimas, auténticos

39 La memoria –escribe Joan-Charles Mèlich– es la facultad que poseen los seres humanos para instalarse en el mundo, en su mundo, porque la memoria es un trayecto espacio-temporal, desde el presente hacia el pasado y desde el presente hacia el futuro. La memoria es recuerdo y olvido. No es posible la memoria humana sin que se dé el recuerdo erosionado por el olvido. Porque tan poco humano es el olvido absoluto como el recuerdo absoluto, porque no hay nada absoluto en la vida humana. Joan-Charles Mèlich, *La lección de Auschwitz*, 31-32 (Editorial Herder, Barcelona, 2004).

40 Fernando Bárcena, *La esfinge muda. El aprendizaje del dolor después de Auschwitz*, 101 (Ed. Anthropos, Barcelona, 2001).

testigos, tienen derecho al silencio, no para ocultar lo que debe ser visto, sino para sobrevivir.

Así, la reparación del daño a las víctimas conlleva como garantías implícitas *la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición*.

IV. POSTULADOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Como se ha dejado planteado, la Justicia Restaurativa es un proceso de colaboración que involucra a las personas afectadas de manera más directa (Partes Interesadas Primarias) por la conducta criminal, en la determinación de la mejor manera de hacer verdad y reparar el daño que se ha causado.

Los modelos tradicionales de justicia penal centran su atención en el castigo, mientras que la Justicia Restaurativa avanza hacia otra meta, la resolución de los problemas de forma colaboradora en procura de que la sanción no implique dolor o por lo menos tanto dolor, pues –como escribe A. Beristain– la sanción, la respuesta al conflicto (aunque sea grave, delictivo), tendrá quizá algo de amarga necesidad, pero sobre todo algo o mucho de satisfacción, de “*salida, solución*” de un problema.⁴¹

En este sentido, la Justicia Restaurativa hace posible un espacio humano, comunicativo, para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un delito se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. Se trata, en síntesis, de “*verdadera otredad*” en el sentido dado por Julio Cortázar: “*La verdadera otredad hecha de delicados contactos, de maravillosos ajustes con el mundo, no podía cumplirse desde un solo término, a la mano tendida debía responder otra mano desde el afuera, desde lo otro*”.⁴²

41 Antonio Beristain-Ipiña, *Victimología. Nueve palabras clave: principios básicos, derechos humanos, terrorismo, criminología, religiones, mujeres y menores, mediación-reparación, derecho penal, política criminal*, 440 (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000).

42 Julio Cortázar, *Rayuela*, 119 (Editorial Alfaguara, Madrid, 1993).

Cuando las prácticas de la justicia penal incluyen solo a un grupo de partes interesadas primarias, el proceso solo puede llamarse parcialmente restaurativo; cuando un procedimiento como el de mediación Víctimas-Victimarios incluye partes interesadas principales pero excluye a las comunidades de apoyo, el proceso es “mayormente restaurativo”; el proceso es “plenamente restaurativo” solo cuando los tres grupos de partes interesadas participan activamente, es decir, cuando el proceso es plenamente comunicativo.

Diferentes autores que se han ocupado de este tema formulan, cada uno desde su propia cosmovisión,⁴³ una serie de principios que orientan el modelo restaurativo, los cuales podrían condensarse en unos postulados básicos, fundantes, que pudieran resumirse en los siguientes:

- El delito es una ruptura del tejido social antes que una infracción a la ley.
- La realización del delito crea una situación en la que se abren riesgos a la vez que oportunidades para superar lo dañado mediante la reparación.
- La reparación cumple no solo una función individual del autor respecto de las víctimas, sino que también produce un fenómeno pacificador propio del derecho penal.⁴⁴
- La respuesta al delito tiene como principios la mínima coerción, la cooperación y el restablecimiento de las relaciones humanas.

43 Antonio Beristain-Ipiña, *Criminología y victimología – Alternativas Re-creadoras al delito* (Grupo Editorial Leyer, Bogotá, 1999).

Robert Cario, *Justice Restaurative. Principes et promesses* (Paris, L'Harmattan, 2005).

Luis F. Gordillo-Santana, *La justicia restaurativa y la mediación penal* (Iustel, Madrid, 2007).

Daniel W. van Ness & Karen Heetderks Strong, *Restoring Justice* (Anderson Publishing, Cincinnati, 2002).

44 La reparación del daño no es –escribe Claus Roxin– una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, puede ser experimentada por el autor del delito como algo necesario y justo y puede fomentar el reconocimiento de las normas. La reparación del daño es muy útil para la prevención integradora al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Claus Roxin, *Derecho penal, parte general*, 109 (Editorial Civitas, Madrid, 1997).

- Se trata de establecer una estructura cooperativa y comunicativa que favorezca la asunción de responsabilidades.
- Voluntariedad en las personas que participan.
- El proceso restaurativo exige una reconducción profesionalizada del conflicto que subyace al delito.
- El acuerdo a que se llegue debe contener compromisos razonables, proporcionados y respetuosos de la dignidad humana.

A diferencia de los modelos tradicionales de justicia penal que se han construido sobre tres pilares: la autoridad de la ley, la seguridad de la sociedad y la educación del culpable, de los cuales están excluidas las víctimas,⁴⁵ la Justicia Restaurativa es la síntesis de dos tendencias complementarias: una que pone su énfasis en la singularidad de las víctimas (cultura reconstructiva) y la otra, en la memoria de las víctimas (cultura de la memoria).

En efecto, la cultura reconstructiva, en términos de Reyes Mate,⁴⁶ se llama así porque la injusticia es vista como una acción que destruye una relación, que la justicia debe reconstruir. Se trata, con esta cosmovisión de la justicia, de sustituir el vínculo entre justicia y castigo que ha iluminado los modelos tradicionales, por el de justicia y reparación a las víctimas.

Por su parte, la cultura de la memoria, que es un fenómeno relativamente nuevo, se manifiesta en el arte, en la literatura, en expresiones públicas, en la elaboración de la historia, etc. Lo advertíamos atrás, la justicia debe ser anamnética, sin la memoria no habría justicia porque perderíamos la noción de las injusticias realmente vigentes, porque solo la memoria permite que una injusticia pasada siga vigente. La justicia es para todos, para los vivos y para los muertos, para los sufrimientos pasados y presentes, la memoria de la que habla la justicia va al

45 De estos tres sistemas explicativos –escribe Reyes Mate–, están ausentes las víctimas, es decir, los afectados por la injusticia. Cuando reaccionamos espontáneamente ante un atropello con un “no hay derecho”, apuntamos en la dirección de la víctima, hasta que llega el juez y la hace invisible. Reyes Mate, *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*, 242 (Editorial Trotta, Madrid, 2003).

46 Reyes Mate, *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*, 242 (Editorial Trotta, Madrid, 2003).

pasado pero no para quedarse en él, sino para recuperarlo y a partir de él reconocer un presente en el que adquieren vigencia los derechos que han quedado pendientes y abrir el camino a la construcción de un futuro más humano y pluralista.⁴⁷

En síntesis, la Justicia Restaurativa es una visión de la justicia desde y hacia las víctimas, es decir, justicia que se debe a las víctimas y justicia que emana de las víctimas; esto significa, en primer lugar, que la justicia restaurativa reconoce la actualidad de las injusticias cometidas sin importar el tiempo que haya transcurrido y en segundo lugar, que la Justicia Restaurativa reconoce que las víctimas tienen una visión alternativa de la realidad y que lo que se ve así forma parte de la realidad: Se trata de una mirada diferente que –escribe Reyes Mate– quiere decir que la víctima ve algo que escapa al verdugo o al espectador, a saber, el significado del sufrimiento declarado insignificante por la cultura dominante. La mirada de la víctima protesta contra esta injusticia y declara decididamente que el sufrimiento es la condición de toda verdad porque forma parte de la realidad.⁴⁸

V. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN COLOMBIA: UN EMPEÑO POR HUMANIZAR LA JUSTICIA Y SUPERAR LA BARBARIE

En 2002, en la reunión de la Comisión Preparatoria de la Reforma Constitucional de la justicia penal⁴⁹ para la implementación

47 Johannes Baptist Metz, *Por una cultura de la memoria: Presentación y epílogo de Reyes Mate* (Editorial Anthropos, Barcelona, 1999).

Paul Ricoeur, *La memoria, la historia, el olvido* (Editorial Trotta, Madrid, 2003).

Academia Universal de las Culturas, autores varios, *¿Por qué recordar?* (Editorial Granica, Barcelona, 2002).

48 Reyes Mate, *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*, 258 (Editorial Trotta, Madrid, 2003).

49 Esta Comisión estuvo integrada por Luis Camilo Osorio, fiscal general de la Nación; Gustavo Morales-Marín, vicefiscal general de la Nación; Gustavo Gómez-Velásquez, asesor del Fiscal General; Julio Andrés Sampedro-Arrubla, director del Departamento de Derecho Procesal y del Centro de Estudios en Criminología y Victimología de la Pontificia Universidad Javeriana; Felipe Pinzón-Londoño, delegado del Ministerio de Justicia; Fernando Coral-Villota, presidente del Consejo Superior de la Judicatura; Dora Cifuentes-Ramírez, delegada de la Procuraduría General de la Nación; Juan Jaramillo Pérez y Karin Irina Kuhfeldt-Salazar, delegados de la Defensoría del Pueblo; Jaime E. Granados-Peña y Juan David Riveros-Barragán, de la Corporación Excelencia en la Justicia; y Gustavo Salazar-Trujillo, representante de la Asociación de Universidades

de un Sistema de orientación acusatoria que se llevó a cabo en la Fiscalía General de la Nación el 6 de marzo de 2002, se tomó la decisión de incluir, en el texto que se propuso al Congreso de la República, el tema de la Justicia Restaurativa para ser implementado legalmente;⁵⁰ posteriormente, luego de los ocho debates legislativos que se exigen para la aprobación de una reforma constitucional, el Congreso de la República aprobó un texto de Acto Legislativo en el que, en el artículo 9 que modificó el 250 de la Constitución Política, se dispuso: “*La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa*”.

Con esta decisión se incluyó por primera vez en la Constitución el término “Justicia Restaurativa”, el cual ha dado lugar a un gran debate académico nacional, no siempre con el rigor que el tema exige, acerca de qué es y para qué sirve la Justicia Restaurativa. Si bien el mundo lleva años estudiando el tema y en Colombia se han implementado diversos programas que pudieran calificarse como de Justicia Restaurativa, solo a partir de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002⁵¹ se aborda sistemáticamente el tema y surge la necesidad de encaminar el debate académico para no perder una oportunidad histórica de aportar una cosmovisión más humana del sistema penal.

Infortunadamente, al tema no se le prestó la suficiente atención por parte de la Comisión Constitucional Redactora, creada por el Acto Legislativo 03 de 2002, y solo se encuentran referencias muy cortas en algunas de las actas, pero es notoria la falta de una verdadera y profunda discusión que de haberse

(ASCUN). A pesar de la oposición manifestada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia durante el trámite legislativo, dos de sus magistrados participaron esporádicamente en la comisión: Fernando Arboleda-Ripoll y Álvaro Orlando Pérez-Pinzón, este último en su calidad de Presidente de la sala. Reforma Constitucional de la Justicia Penal, *Actas de la Comisión Preparatoria y Documentos de Trámite Legislativo, Tomo I* (Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, 2002).

50 Acta No. 7, Sesión de marzo 6 de 2002. Reforma Constitucional de la Justicia Penal, *Actas de la Comisión Preparatoria y Documentos de Trámite Legislativo, Tomo I*, 131-154 (Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, 2002).

51 Acto legislativo 03 de 2002, *por el cual se reforma la Constitución Nacional*, 45.040 *Diario Oficial*, 20 de diciembre de 2002. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_03_2002.html.

dado hubiera fijado mejor el concepto y, probablemente, se hubiera podido avanzar más en esa novedosa y más humana visión del sistema penal que supone la cosmovisión restaurativa de la justicia.

Con todo, es preciso resaltar que la reforma al sistema penal, compuesta por el acto legislativo 03 de 2002 y desarrollada legislativamente con la ley 906 de 2004⁵² (Nuevo Código de Procedimiento Penal), constituye un paso enorme de Colombia en la búsqueda de la paz. Sin pretender que lo consagrado en el Código agote el desarrollo legislativo que supuso la consagración de la Justicia Restaurativa en la Constitución Política, es necesario resaltar la importancia de la consagración de los principios básicos de la Justicia Restaurativa, que en esencia corresponde a la posición ya exhibida internacionalmente por las Naciones Unidas, y de una institución novedosa en el Derecho Penal Colombiano, como es la *mediación*, por cuya inclusión en el sistema penal veníamos luchando de tiempo atrás.⁵³

En efecto, los artículos 518 a 521 consagran las disposiciones generales sobre Justicia Restaurativa; partiendo de la definición, fijan los principios generales que enmarcan la nueva cosmovisión. La definición del Código de Procedimiento Penal es prácticamente la misma que contempla el documento de *Principios*

52 Ley 906 de 2004, *por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*, 45.658 *Diario Oficial*, 1 de septiembre de 2004. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0906_2004.html.

53 Julio Andrés Sampietro-Arrubla, *Por la humanización del proceso penal*, en *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio* (Ana Messuti, coord., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998).

Julio Andrés Sampietro-Arrubla, *En busca de nuevos senderos para la administración de justicia en el área penal. Una reflexión, desde las víctimas, acerca de la humanización del proceso*, en *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, 239-254 (Ana Messuti & Julio Andrés Sampietro-Arrubla, comps., Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001).

Julio Andrés Sampietro-Arrubla, *La mediación penal: un instrumento para la humanización del proceso desde la victimología*, 101 *Universitas Juridica*, Pontificia Universidad Javeriana, 15-33 (2001).

Julio Andrés Sampietro-Arrubla, *La reconstrucción victimológica del sistema penal (Las víctimas del delito en la reforma constitucional de la justicia penal en Colombia)*, 81 *Cuadernos de Política Criminal*, 653-665 (Instituto Universitario de Criminología, Editoriales de Derecho Reunidas, EDESA, Madrid, 2003).

Julio Andrés Sampietro-Arrubla, *La humanización del proceso penal* (Editorial Legis, Bogotá, 2003).

básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, anexo al Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa del 7 de enero de 2002. Sin embargo, se ha criticado, en nuestro concepto con razón, que esa definición no incluyó a la comunidad, con lo cual se limita el alcance de las estrategias restaurativas en la solución de los conflictos de relevancia penal. Aun así, creemos que –aunque no existe una mención expresa a la participación de la comunidad– nada se opone a que esta participe activamente en los procesos restaurativos cuando a ello haya lugar.

En los artículos 519 y 520 se consagró el marco general de la Justicia Restaurativa, al establecer los principios generales y las condiciones para la remisión de los casos a los programas que se diseñen. Estas normas recogieron los principios del documento de ONU ya mencionado.

Por último, una breve referencia al tema de la mediación, que, como ya se ha dicho, constituye una novedad en el sistema penal colombiano.

A. La mediación

Es sabido que el proceso judicial puede ser un factor generador de violencia. Al enfrentarlo, las víctimas sufren una victimación adicional que, en la mayoría de los casos, causa daños tanto o más fuertes que la vivencia criminal. En no pocas ocasiones son marginadas y no se las atiende; a lo sumo, se llega a permitir su intervención en calidad de sujeto pasivo del delito, limitada a ser objetos de investigación y a solicitar una indemnización que dista mucho de ser una verdadera atención a sus necesidades. Este panorama desolador para las víctimas del delito impone la necesidad –dice Antonio Beristain– de “inventar” una justicia penal humanitaria, mediadora, reparadora y compensadora, una nueva justicia que propicie un diálogo respetuoso hacia la reconciliación entre las víctimas y el (los) victimarios (proceso penal comunicativo).

La mediación es un proceso por el que un tercero neutral trata, mediante la organización de intercambios entre las partes, de permitirles a estas confrontar sus puntos de vista y buscar, con su ayuda, una solución al conflicto que las enfrenta. Consiste normalmente en un proceso a corto plazo que, en cierta forma, y con la ayuda de los participantes, intenta aislar temporalmente los problemas en disputa con el objetivo de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. Está más relacionada con el presente y con el futuro que con el pasado.

El propósito de la mediación –como afirman Elena Inés Highton, Gladys S. Álvarez y Carlos Gregorio– es el de proveer un procedimiento de resolución del conflicto que se perciba como justo tanto por parte de las víctimas como del autor del hecho.⁵⁴

Desde el punto de vista de la prevención especial con la mediación se procura enfrentar al victimario-delincuente con la realidad de las víctimas, con el delito cometido y con las consecuencias sociales que se derivan del mismo, lo cual fomenta una conciencia de responsabilidad por sus propios actos y genera una actitud que favorece el compromiso en la realización de actuaciones concretas a favor de las víctimas. Con la mediación es posible atemperar los efectos estigmatizantes y discriminatorios que generan algunas penas como las que implican privación de la libertad, en los casos en que estas puedan ser sustituidas por otras, además de ofrecer unas condiciones de aprendizaje social mediante la necesidad de explicarse directamente ante la persona concreta que se ha visto afectada por su actuación.

En cuanto a la prevención general positiva, hoy de enorme relevancia en el derecho penal, la mediación puede lograr el afianzamiento de la confianza ciudadana en la imposición del derecho penal; en cuanto a la prevención integradora, produce una satisfacción de observar cómo se superan los efectos del

54 Elena I. Highton, Gladys S. Álvarez & Carlos Gregorio, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal* (Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1998).

delito y se crea un efecto pacificador de las relaciones sociales que puede proyectarse en el resto de la sociedad.

Hay una tendencia a limitar el proceso de mediación a los casos de delitos menos graves o a los casos de menores infractores, como sucedió en el trámite del proyecto de Código de Procedimiento Penal en el Congreso de la República, sin embargo este mecanismo ha demostrado importantes resultados cuando se ha utilizado en casos graves: se comienza a observar que la confrontación con el ofensor en un ambiente seguro y controlado, con la ayuda de un mediador, devuelve a las víctimas su desaparecido sentido de estar a salvo y tener control de su propia vida. De ahí que cada vez más programas adviertan que un encuentro cara a cara puede ser invalorable hasta en los crímenes más horribles.

A pesar de la propuesta amplia para la mediación que se hizo en el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal,⁵⁵ la decisión –infortunada en nuestro sentir– del Congreso de la República al debatir el proyecto fue la de limitar la mediación al período procesal comprendido entre la formulación de la imputación y hasta antes del juicio oral, y para los delitos perseguibles de oficio, cuyo mínimo de pena no exceda los cinco años de prisión, “*siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado*”. Con esta decisión se perdió, por una parte, la oportunidad de tener la mediación como el instrumento valioso que es en la búsqueda de la superación del conflicto que afecta a Colombia y, por la otra, la posibilidad de aplicar la mediación después de la condena como una forma de restablecimiento del tejido social y permitir la reconciliación víctimas-victimarios.

55 En el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal elaborado por Jaime Enrique Granados-Peña, Julio Andrés Sampedro-Arrubla, Juan David Riveros-Barragán y Mildred Hartmann-Arboleda, en el artículo 477 se propuso que la mediación pudiera ser aplicada a la totalidad de las conductas punibles desde la formalización de la acusación hasta la lectura de la acusación, e igualmente luego de la condena para ser tenida en cuenta por el juez para modificar la pena en la etapa de la ejecución, tanto en su monto como en las condiciones de su cumplimiento.

B. Dinámica de la mediación

La mediación es un mecanismo complejo y, por tanto, puede obedecer a diferentes modelos, tanto por su contenido como por la forma en que se plantean las relaciones entre las partes y entre estas con el mediador. La mediación constituye un proceso basado en la comunicación que se desarrolla, principalmente, en dos momentos: el primero en el que el trabajo del mediador se dirige a limitar y encauzar operativamente una estructura de comunicación que se presenta con elementos disociativos que tienden a alejar a las partes de una percepción en conjunto del conflicto y de sus posibilidades de resolución; el segundo, en que la mediación significa una apertura creativa de la comunicación entre las partes, al instalar una relación de cooperación y pensamiento constructivo.

La base de la mediación es un proceso de intercambio de compromisos entre las partes, de tal forma que una de las partes no estará dispuesta a aceptar promesas o compromisos de la otra si no confía en ella. Por ello, la labor del mediador debe orientarse a facilitar la comunicación entre las partes que, al sentirse escuchadas y atendidas, mostrarán cuáles son sus intereses en el conflicto. Con este primer encuentro se busca generar confianza mutua, para entrar en contacto con cada una por separado, a fin de realizar una co-construcción del problema para que el conflicto pueda ser mirado desde una nueva perspectiva.

En la mediación, la información que posee cada una de las partes es fundamental. Con las víctimas, el contacto inicial se centra en las consecuencias del delito, en la primera atención emocional y en cómo enfrentar sus problemas, se les proporciona tiempo para que expresen sus sentimientos (rabia, insatisfacción, ansiedad, temor, etc.) frente al suceso delictual; con el victimario, se dialoga acerca de lo sucedido, se escucha su explicación de los hechos, su percepción y sus condiciones de vida. El mediador trata de formarse un criterio acerca de su capacidad para ver y comprender la gravedad de los hechos y su disponibilidad para el proceso de mediación.

Las partes en la mediación deben efectuar una re-estructuración del problema, un cambio en el sentido y percepción de los hechos y no los hechos mismos. Para el logro de este objetivo, el mediador, en especial en el campo penal, requiere conocimientos más especializados que los habituales, que pueden resumirse en las siguientes condiciones:

- a. Condiciones del mediador en relación con las víctimas:
 - Comprensión de la experiencia de victimación y sus estadios.
 - Destreza para tratar el dolor y la pérdida (propia y de los demás).
 - Entendimiento de las tensiones, sentir o estrés postraumático y sus efectos.
 - Habilidad para colaborar con los psicoterapeutas.
- b. Condiciones del mediador en relación con el victimario:
 - Conocimiento del sistema de justicia criminal.
 - Comprensión de la experiencia del infractor y del prisionero.
 - Aptitud para relacionarse con perpetradores de crímenes horribles de un modo que no implique su juzgamiento.
 - Habilidad para negociar con funcionarios de alto nivel del sistema penitenciario para lograr acceso al infractor.

Una vez que el mediador logra establecer las bases para el diálogo y considera que es posible un acuerdo, debe proceder a establecer un encuentro entre las víctimas y el victimario para la solución del conflicto. Las intervenciones concretas que debe realizar el mediador en procura de modificar las relaciones entre las partes son descritas por Vicenç Fisas:

- a. Clarificaciones: Son intervenciones que tienden a aclarar el lenguaje, para que no haya interpretaciones, no haya contradicciones en los mensajes verbales, se supriman las disonancias en todo tipo de lenguaje, y cada mensaje resulte

lo más aceptable posible para la otra parte. Igualmente, las intervenciones pueden estar dirigidas a focalizar el tema, garantizar que ninguna de las partes utilice un lenguaje agresivo y aclarar las posiciones.

- b. Reformulación: Es una construcción creativa, una huella positiva para señalar los terrenos e intereses comunes e instar a las partes para que compartan los problemas.
- c. Generación de opciones: Consiste en la posibilidad de que las partes se comuniquen para que conjuntamente busquen opciones a sus diferencias y establezcan nuevas formas de convivencia.⁵⁶

C. Efectos de la mediación

Los efectos que produce la mediación pueden ser valorados desde la posición de los protagonistas mismos del drama criminal, es decir, desde las víctimas, el victimario y la sociedad:

Para las víctimas, supone el reconocimiento del papel activo que tradicionalmente se les ha negado en el proceso y concretamente en la resolución del conflicto. Con ella se abre un espacio para lograr una mejor y más efectiva atención, se les otorga un cauce para manifestar las emociones que experimentan desde su situación, permite la vinculación de profesionales de diversas disciplinas que se ocupen de la atención a las necesidades e intereses de las víctimas evitando los procesos de victimación secundaria tan habituales en el desarrollo del proceso penal; en determinados casos, constituye una oportunidad para enfrentar al victimario, recibir una explicación del hecho realizado y superar los temores generados por el delito. Con este encuentro se pretende estimular un proceso de comunicación entre los afectados con miras a potenciar la solución consensuada de los conflictos que contribuya a garantizar una convivencia pacífica.

56 Vicenç Fisas, *Procesos de paz y negociación en conflictos armados* (Paidós, Barcelona, 2004).

Para el victimario, constituye un espacio que le permite asumir su responsabilidad, enfrentar directamente el hecho y las consecuencias que se han generado para los “otros”. Es una ocasión para rectificar, ofrecer una disculpa, explicar su conducta y demostrar su voluntad de colaboración hacia la reparación. Adicionalmente, se le presenta como una oportunidad para reparar su propia imagen y, dependiendo del caso, evitar la persecución penal, los antecedentes criminales y hasta la privación de la libertad.

Para la sociedad, la mediación constituye un beneficio entre otras razones porque se genera un efecto pacificador en las relaciones sociales, que se proyecta más allá de los propios implicados, pues se reconoce la capacidad de las personas para abordar y resolver sus conflictos. De igual manera, produce un compromiso de la comunidad en la política criminal y el desarrollo de diversas formas para la solución adecuada de las disputas, disminuye el impacto de la delincuencia al permitir la reparación de los daños, además de reducir los efectos nocivos de las penas privativas de la libertad sobre la comunidad y evitar que el delincuente se reintegre a la sociedad siendo más delincuente después de su paso por la cárcel.

Cuando culmina un proceso penal y la sentencia queda en firme, alguien ha ganado y alguien ha perdido. La mediación busca superar esta percepción; en ella se trata de desarrollar el sentido de responsabilidad y estimular la reconciliación, de tal manera que no es necesario que alguien pierda para que otro gane. La mediación no busca suprimir el poder judicial ni privatizar la justicia penal dejándola en manos de los particulares; se trata de repersonalizar el conflicto para que sean las partes quienes creen justicia por medio de la reparación que se propone como una nueva vía de respuesta al delito que funcionaría de manera autónoma, complementaria o subsidiaria a las penas y a las medidas.

VI. REFLEXIÓN FINAL: LA JUSTICIA RESTAURATIVA, LA HUMANIZACIÓN DEL SISTEMA PENAL DESDE LAS VÍCTIMAS

El estudio y la discusión sobre la justicia restaurativa ameritan más tiempo y espacio de los que por ahora disponemos. La intención con este trabajo no es más que aportar ideas para su estudio y, por ahora, advertir que Colombia está en un momento trascendental, un período que invita a reflexionar sobre el diseño de instrumentos, más humanos, que hagan posible la búsqueda de la verdad y la justicia como pasos previos para alcanzar una verdadera paz. No podemos olvidar que una verdad compuesta por realidades agobiantes y crímenes atroces, en la que los culpables pueden seguir como si nada hubiera pasado ante el desconcierto de sus víctimas que, ultrajadas, deben soportar que se les despoje de su dignidad en espera de una justicia que no llegará, ahonda las heridas, intensifica la desazón de la injusticia e impide alcanzar una paz sólida.

Con esta propuesta no se está buscando la abolición del sistema de control formal del delito, que continúa presente determinando los límites de lo que socialmente se considera como intolerable, reaccionando mediante la afectación de bienes y derechos de las personas, pero suspendiendo su actuación mientras se facilita el empleo de instrumentos que hagan posible un encuentro creativo y humano en pos de una solución consensuada del proceso y la generación de nuevas formas de convivencia futura.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Bárcena, Fernando, *La esfinge muda. El aprendizaje del dolor después de Auschwitz* (Anthropos, Barcelona, 2001).
- Beristain-Ipiña, Antonio, *Criminología, victimología y cárceles*, 2 tomos (Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores No. 22, Bogotá, 1996).
- Beristain-Ipiña, Antonio, *Criminología y victimología – Alternativas Re-creadoras al delito* (Grupo Editorial Leyer, Bogotá, 1999).
- Beristain-Ipiña, Antonio, *Victimología. Nueve palabras clave: principios básicos, derechos humanos, terrorismo, criminología, religiones, mujeres y menores, mediación-reparación, derecho penal, política criminal* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000).
- Cario, Robert, *Justice Restaurative. Principes et promesses* (Paris, L'Harmattan, 2005).
- Cortázar, Julio, *Rayuela* (Editorial Alfaguara, Madrid, 1993).
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Editorial Trotta, Madrid, 1999).
- Gordillo-Santana, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal* (Iustel, Madrid, 2007).
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. II Parte General. Sujetos Procesales* (Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003).
- Martín-Beristain, Carlos, *Reconstruir el tejido social. Un enfoque crítico de la ayuda humanitaria* (Icaria/Antrazyt, Barcelona, 2004).
- Mate, Reyes, *La razón de los vencidos* (Editorial Anthropos, Barcelona, 1991).
- Mate, Reyes, *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política* (Editorial Trotta, Madrid, 2003).
- Mèlich, Joan-Carles, *Filosofía de la Finitud* (Editorial Herder, Barcelona 2002).
- Mèlich, Joan-Carles, *La lección de Auschwitz* (Editorial Herder, Barcelona, 2004).
- Metz, Johannes Baptist, *Por una cultura de la memoria: Presentación y epílogo de Reyes Mate* (Editorial Anthropos, Barcelona, 1999).
- Muñoz-Conde, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Lección Inaugural Curso 1998-1999* (Universidad de Pablo de Olavide, Sevilla, 1998).
- Ness, Daniel W. van & Heetderks Strong, Karen, *Restoring Justice* (Anderson Publishing, Cincinnati, 2002).
- Reforma Constitucional de la Justicia Penal, *Actas de la Comisión Preparatoria y Documentos de Trámite Legislativo, Tomo I* (Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, 2002).
- Ricoeur, Paul, *La memoria, la historia, el olvido* (Editorial Trotta, Madrid, 2003).
- Ricoeur, Paul, *Lo Justo* (Caparrós Editores, Madrid, 2003).
- Roxin, Claus, *Derecho penal, Parte general* (Editorial Civitas, Madrid, 1997).

- Sampedro-Arrubla, Julio Andrés, *La humanización del proceso penal* (Editorial Legis, Bogotá, 2003).
- Saramago, José, *Ensayo sobre la ceguera* (Editorial Alfaguara, Bogotá, 2001).
- Tafalla, Marta, *Theodor W. Adorno, una filosofía de la memoria* (Editorial Herder, Barcelona, 2003).

CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- Academia Universal de las Culturas, autores varios, *¿Por qué recordar?* (Editorial Granica, Barcelona, 2002).
- Arnson, Cynthia J., ed., *The Peace Process in Colombia with the Autodefensas Unidas de Colombia-AUC* (Woodrow Wilson Center Report on the Americas, # 13, 2005).
- Guasp, Jaime, *La Paz como fundamento del derecho*, en *Estudios Jurídicos* (Editorial Civitas, Madrid, 1996).
- Highton, Elena I., Álvarez, Gladys S. & Gregorio, Carlos, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal* (Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1998).
- Hirsch, Hans Joachim, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, en *De los Delitos y de las víctimas*, 53-90 (Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992).
- Sampedro-Arrubla, Julio Andrés, *En busca de nuevos senderos para la administración de justicia en el área penal. Una reflexión, desde las víctimas, acerca de la humanización del proceso*, en *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, 239-254 (Ana Messuti & Julio Andrés Sampedro Arrubla, comps., Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001).
- Sampedro-Arrubla, Julio Andrés, *Por la humanización del proceso penal*, en *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio* (Ana Messuti, coord., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998).

REVISTAS

- Beristain-Ipiña, Antonio, *Justicia Restaurativo-Agápica, no vindicativa, Palabras de agradecimiento en el Acto Académico de imposición de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort*, 15 *Eguzkilore*, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 258-260 (2001). Disponible en: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivcke_i_eguzkilore_numero15/es_numero15/adjuntos/15.pdf.
- Giménez-García, Joaquín, *Relación entre delincuente, víctima y administración de justicia*, 8 *Eguzkilore*, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Extraordinario, 119-128 (Diciembre de 1995). Disponible en: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivcke_i_eguzkilore_num_extr8/es_extra8/adjuntos/gimenezgarcia.pdf.

- Gössel, Karl Heinz, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, 45 *Cuadernos de Política Criminal*, 673-694 (Universidad Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Criminología, Editoriales de Derecho Reunidas, EDESA, 1991).
- Roxin, Claus, *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Madrid, 23 (1991).
- Sampedro-Arrubla, Julio Andrés, *La mediación penal: un instrumento para la humanización del proceso desde la victimología*, 101 *Universitas Jurídica*, Pontificia Universidad Javeriana, 15-33 (2001).
- Sampedro-Arrubla, Julio Andrés, *La reconstrucción victimológica del sistema penal (Las víctimas del delito en la reforma constitucional de la justicia penal en Colombia)*, 81 *Cuadernos de Política Criminal*, 653-665 (Instituto Universitario de Criminología, Editoriales de Derecho Reunidas, EDESA, Madrid, 2003).

NORMATIVIDAD COLOMBIANA

- Acto legislativo 03 de 2002, *por el cual se reforma la Constitución Nacional*, 45.040 *Diario Oficial*, 20 de diciembre de 2002. Disponible en: http://www.secretaria-senado.gov.co/senado/basedoc/cp/acto_legislativo_03_2002.html.
- Ley 906 de 2004, *por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*, 45.658 *Diario Oficial*, 1 de septiembre de 2004. Disponible en: http://www.secretaria-senado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0906_2004.html.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-454 de 2006, magistrado ponente Jaime Córdoba-Triviño. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/2006/c-454_2006.html.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-209 de 2007, magistrado ponente Manuel José Cepeda-Espinosa. Disponible en: http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cc_sc_nf/2007/c-209_2007.html.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

- Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, *La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión*. Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev. 12 de octubre de 1997. Disponible en: http://ddooss.org/informes/Joinet_impunidad.pdf.

Organización de Naciones Unidas (ONU), *Principios básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*, en *Informe de la reunión del grupo de expertos sobre justicia restaurativa* (Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, 11 período de sesiones, Viena, 16 a 25 de abril de 2002). Disponible en: <http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf>.

UNIDAD I: LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Pérez Saucedá, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José.
Justicia restaurativa: Del castigo a la reparación.

JUSTICIA RESTAURATIVA: DEL CASTIGO A LA REPARACIÓN

José Benito PÉREZ SAUCEDA y José ZARAGOZA HUERTA

***Sumario:** Introducción; 1. Concepto y fundamento de la Justicia Restaurativa; 2. Métodos restaurativos de solución de conflictos; 3. Reparación del Daño; 4. Perdón del Ofendido; 5. Bibliografía.*

“¿Cuánto castigo necesita un ser humano para ser disuadido de sus fechorías?”

- Nils Christie¹

Introducción

La justicia restaurativa es un proceso en el que las partes implicadas en un delito, determinan de manera colectiva las formas en que habrán de manejar sus consecuencias e implicaciones.² Representa una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de sanación de las víctimas, los ofensores y la comunidad. Dicha respuesta se basa en virtudes como: sensibilidad, apertura, confianza, esperanza y sanación.³

La justicia restaurativa es una teoría de justicia que busca poner énfasis en la reparación del daño causado por una conducta delictiva,⁴ busca superar la lógica del “castigo”, o la justicia basada “en el dolor”⁵, proponiendo que las partes pueden llegar a una solución dependiendo de la gravedad del delito.⁶ Contempla al delito de un modo distinto al de la justicia retributiva, enaltecida en el sistema actual de

¹ V. Niles, Christie. *Los límites del Dolor* Ed. Fondo de Cultura Económica. 1984. p. 73.

² Kemelmajer, Aída. “En búsqueda de la tercera vía. La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparadora”, “Reintegradora” o “Restaurativa” en el el sitio Justicia Restaurativa.com del grupo de Investigación de Justicia restaurativa de la Universidad Pontificia Bolivariana. www.justiciarestaurativa.com/

³ Domingo de la Fuente, Virginia. “Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la teoría a la práctica.” Lex Nova. Ed. Lex Nova Madrid. 2008. Número 23. p. 33-68.

⁴ V. Sitio del Prison Fellowship Internacional beyond crime and punishment. “Qué es la Justicia Restaurativa”. Centro para la Justicia y la Reconciliación Mayo 2005, Washington, DC. Estados Unidos de América www.pfi.org/cjr/...to.../bfque-es-la-justicia-restaurativa/at.../file

⁵ V. Christie, Nils. *Los límites del dolor*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1981. p. 61.

⁶ Martín Barberán, Jaume, et al. Op. Ctt. p. 96.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

justicia.

En la justicia restaurativa, el castigo es sustituido por la aceptación de la responsabilidad de los hechos y por la búsqueda de métodos de reparación del daño causado. Lo anterior requiere de la participación activa en el proceso restaurador tanto del ofensor como de la víctima y en su caso, de terceros interesados en que las cosas lleguen a buen puerto.

1. Concepto y fundamento de la Justicia Restaurativa

En el Congreso Internacional de Budapest de 1993,⁷ la Justicia Restaurativa o Restauradora ganó esta denominación frente a otros términos que también se utilizaban para nombrarla, como: Justicia Positiva, Pacificadora, Temporal, Transformadora, Comunitaria, Conciliativa, Conciliadora,⁸ Reparativa, Reparadora, Restitutiva, Reintegradora, o Reintegrativa.

La expresión “justicia restaurativa” o “restauradora” se considera más conveniente pues este paradigma busca responder al delito, de una manera constructiva, partiendo de la tesis qué es necesario el reconocimiento de las víctimas y sus derechos,⁹ de una solución basada en la reparación del daño, y no en la venganza,¹⁰ sino en las necesidades de las partes y la construcción un estado de paz.¹¹

El proceso de restauración busca habilitar a las víctimas, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que participen directa y activamente en la respuesta del delito con la vista puesta en la reparación y la paz social¹², basándose en parte de las “3 r’s”: Responsabilidad, Restauración y Reintegración que significa lo siguiente:¹³

- a) Responsabilidad por parte del ofensor, porque cada persona debe responder por sus acciones u omisiones.
- b) Restauración de la víctima, quien necesita ser reparada. Requiere abandonar su posición de dañado, así como toda la sociedad.
- c) Reintegración del infractor, quien necesita restablecer los vínculos con la

⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída. “*Op. Cit.*” p. 108-109

⁸ Highton, Álvarez, et. al. *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1998. p. 71-91

⁹ Sampetro Arrubia, Julio Andrés. “¿Qué es y Para qué sirve la Justicia Restaurativa?” en el sitio Justicia Restaurativa.com del grupo de Investigación de Justicia restaurativa de la Universidad Pontificia Bolivariana. http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf

¹⁰ No existen estudios contundentes que demuestren que existe un umbral de dolor necesario para que una persona se arrepienta genuinamente de su comportamiento, más al contrario pareciera que la pena provoca mayor resentimiento y rencor en el ofensor impidiendo su rehabilitación y posterior reinserción a la sociedad. V. Niles, Christie. *Los límites del Dolor* Ed. Fondo de Cultura Económica. 1984. p. 73.

¹¹ Sampetro Arrubia, Julio Andrés. *Op. Cit.*

¹² Idem.

¹³ Idem.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

sociedad, que a su vez, necesita del buen desempeño de todos sus integrantes para su correcto funcionamiento.

Según la Organización de las Naciones Unidas, un proceso de justicia restaurativa es aquel en que la víctima, delincuente y cuando procesa, cualquier otro miembro de la comunidad afectado por el delito, participan conjuntamente y de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del hecho punitivo, generalmente, con la ayuda de un facilitador¹⁴ para el desarrollo de todo el procedimiento.¹⁵

Como veremos más adelante, los procesos restaurativos se sustanciarán en métodos para alcanzar tales fines, como la mediación, conciliación, celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas. Para la ONU, un resultado restaurativo sería lograr un acuerdo producto de la aplicación de estos métodos.

En el convenio resultante se podrán incluir programas y respuestas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados para la atención de las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.¹⁶

En cuanto al modo de aplicación de los programas de justicia restaurativa, la ONU hace las siguientes recomendaciones:¹⁷

- a) Que puedan ser utilizados en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de los dispuesto en la legislación local;
- b) Solo se podrá disponer de los métodos restaurativos de justicia cuando existan pruebas suficientes para inculpar al delincuente con el consentimiento voluntario de la víctima y del delincuente;
- c) La víctima y el delincuente deberán estar de acuerdo sobre su participación en los procesos y acuerdos restaurativos. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales;
- d) Las desigualdades de posiciones y las diferencias culturales deberán ser tomadas en cuenta para poder someter el asunto a método restaurativo;
- e) La seguridad de las partes deberá ser tomada en consideración al momento de la realización del método restaurativo de solución de conflictos;

¹⁴ Un Facilitador de un proceso restaurativo es una persona especializada en prestar esa función, de manera justa e imparcial, a las partes que desarrollarán un método de justicia restaurativa. V. Resolución 2002/12 sobre los Principios sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

¹⁵ Idem

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Idem.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

f) De no ser adecuada la aplicación del método restaurativo, el asunto deberá atenderse mediante la justicia penal.

2. Métodos restaurativos de solución de conflictos

La Justicia Restaurativa cuenta con diversos programas o métodos que han sido desarrollados en diversas regiones del mundo con especial éxito:

a) *Mediación de la víctima y el infractor*.¹⁸ Es un método que otorga la oportunidad para reunir a la víctima y el infractor, en un escenario seguro y controlado, donde se desahogarán discusiones sobre el delito sucedido con la asistencia de un mediador capacitado en la materia.

Este tipo de Mediación es considerado el primer proceso restaurativo contemporáneo¹⁹ y consiste en la reunión voluntaria de la víctima y el infractor, buscando animar a este último a comprender las consecuencias de sus acciones, tomando responsabilidad del daño ocasionado y otorgando a las partes la oportunidad de desarrollar una forma para su reparación.²⁰

Para Elías Neuman, es precisamente la Mediación Penal el ejemplo más contundente de lo que persigue la justicia restaurativa, pues se basa en la creencia de la posibilidad de armonía entre los hombres, así como la esperanza de un verdadero saneamiento de las heridas producidas por el delito en el entramado social.²¹

Los inicios de la mediación entre víctima y ofensor se establecen en 1974, en Kitchener, Ontario, Canadá;²² cuando dos adolescentes acuchillaron llantas

¹⁸ Sampedro Arrubia, Julio Andrés. *Op. Cit.*

¹⁹ Se considera a la Mediación Víctima-Ofensor el primer método restaurativo contemporáneo documentado en 1974 en Canadá. Por el éxito del experimento para 1975, Ontario ponía en marcha el proyecto de reconciliación infractor-víctima. V. Masters, Guy. *Reflexiones sobre el desarrollo internacional de la Justicia Restaurativa* en el sitio “Restaurative Justice on Line”

http://www.derechosdelainfancia.cl/docs/imgs/imgs_doc/180.pdf

²⁰ Ibidem. Según la Red Prisión Fellowship Internacional, existen más de 300 programas de mediación entre víctimas e infractores en Estados Unidos de América y más de 500 en Europa. Los resultados de dichos programas han logrado una elevada satisfacción entre las partes participantes, consiguiendo disminuir el sentimiento de miedo entre las víctimas, así como un índice elevado de cumplimiento del infractor con la obligación de restitución y menor reincidencia de éstos en nuevos delitos.

²¹ Neuman, Elías. *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. Ed. Porrúa. México. 2005. p. 95.

²² La Mediación en materia penal podría tener múltiples antecedentes, por ejemplo, Cynthia Olson narra su investigación y participación en el “Tribunal del Pacificador” de los indígenas navajos, donde en realidad se aplican procedimientos de Mediación y Conciliación tradicionales a las costumbres y creencias nativas. Olson, Cynthia. “Aplicando la Mediación y los Procesos de Consenso en el marco de la Justicia Restaurativa”. En

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

automovilísticas, quebraron ventanas y causaron daños a diferentes propiedades en una noche de vandalismo y embriaguez, causando un daño de \$2,200 dólares a los que se declararon culpables en Corte. Ahí un agente del departamento de libertad condicional y sus compañeros del Centro Menonita de Ontario comentaron con el juez la idea de que los jóvenes respondieran cara a cara a cada una de las personas afectadas, a lo que la autoridad accedió. Después de escuchar a las víctimas, los jóvenes se comprometieron a restituir los daños y al cabo de seis meses, ya se había terminado de pagar lo acordado.²³

Al ver el exitoso resultado nacieron los Programas de Reconciliación entre Víctima y Delincuente (VORP)²⁴, financiados principalmente con donaciones de las iglesias, subsidios del gobierno y el apoyo de diversos grupos comunitarios.²⁵

La mediación entre las víctimas y los infractores puede llevarse a cabo en cualquier punto del proceso penal o de manera alterna al mismo. Puede efectuarse después de dictada la condena, incluso cuando el resultado del proceso restaurativo no influya en la pena impuesta, por ejemplo en el Estado de Texas, en la Unión Americana, los familiares de las víctimas de homicidio pueden solicitar dicho método con los asesinos de sus seres queridos, aunque estén condenados a la pena capital. En otros casos, las víctimas pueden reunirse con los ofensores en una mediación después del juicio.²⁶

Regularmente la Mediación víctima- victimario comienza cuando el caso es derivado de los juzgados para la realización de dicho método, ya sea con anterioridad al procedimiento judicial o después de una condena o la admisión formal de culpa ante el órgano jurisdiccional. Posteriormente, el mediador dialoga con la víctima y el ofensor, con el fin de asegurarse que la mediación puede ser aplicada, principalmente verificando que psicológicamente las partes estén en condiciones para vivir la experiencia de la mediación. Luego se efectúa el proceso de Mediación en sí, donde las partes se desahogan, se comprenden e identifican la situación del otro, reconocen la naturaleza y el alcance del daño efectuado por el delito, así como determinan la manera en la que se habrá de reparar, estableciéndose un cronograma para el monitoreo y pago de la merma.²⁷

Carranza, Elías (coord.) Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles. Ed. Soglo XXI. México. 2001. p. 222

²³ Rendon, Josefina. "Mediación entre víctima y ofensor." En el sitio "Mediate.com" http://www.mediate.com/articulos/mediacion_entre_v.cfm

²⁴ VORP o VOM, por su nombre en inglés, "Victim Offender Mediation".

²⁵ Fabiana Raña, Andrea. *La Mediación y el Derecho Penal*. Ed. Fabián Di Plácido. Argentina. 2001. p. 60

²⁶ Este tipo de Mediaciones tiene lugar en países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Bélgica, Países Bajos entre otros. V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional "Restaurative Justice on Line" <http://www.justiciarestaurativa.org/>

²⁷ Idem.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

b) *Reuniones de Restauración o Conferencias Comunitarias:* ²⁸

Proceso en el que se reúnen la víctima o el ofendido, el adolescente o el adulto infractor, los familiares de ambas partes, así como amigos y vecinos, con el objeto de gestionar y resolver el conflicto, atendiendo a las necesidades de la víctima, del infractor y de la comunidad.²⁹

Dicho método busca darle a la víctima una oportunidad de estar directamente involucrada en el resarcimiento del delito, aumentando así la conciencia, responsabilidad y compromiso del infractor en el impacto de su conducta pasada y la importancia de su actuar futuro.³⁰

Las conferencias o reuniones de restauración surgen en 1989, con la aprobación de la Ley sobre Niños, Jóvenes y sus Familias de Nueva Zelanda.

Dicha regulación estableció un nuevo paradigma para el tratamiento de los menores infractores, pues en vez de procesarlos de la forma ordinaria, se le otorgó mayores facultades a la familia del joven delincuente para la toma de decisiones con el propósito de que ésta decidiera junto con la víctima y otros de la comunidad la sanción apropiada para el menor.

Las reuniones fueron adaptadas de los métodos tradicionales de resolución de conflictos del poblado de Maorí en Nueva Zelanda. Las reuniones de los nativos llamadas “whanau” son las formas consuetudinarias con las que los Maoríes abordan los conflictos que surgen con los miembros más jóvenes de su comunidad. Actualmente todavía operan, al igual que en distintos países como Australia, Estados Unidos, algunas naciones europeas y Sudáfrica. Han sido utilizadas tanto en infractores juveniles como en adultos.³¹

Estos métodos restaurativos se diferencian de la Mediación Víctima-Ofensor en que involucran a más participantes, ya que no sólo participan la víctima y el infractor sino también las víctimas secundarias, como lo pueden ser familiares y amistades de la víctima, parientes y allegados del infractor, así como representantes del sistema de justicia penal.³²

²⁸ También conocidos como “de Familia o de Grupos de Comunidad”.

²⁹ Pesqueira Leal, Jorge. conferencia “*Justicia Restaurativa y Alternativa*”, impartida en el Auditorio “Victor L. Treviño” de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, el viernes 13 de Febrero de 2009. V. Blog de Mediación Monterrey. “Justicia Alternativa y Restaurativa en el Juicio Oral: Jorge Pesquería Leal en la FACDYC. Nota del Martes 17 de Febrero de 2009. <http://blogdemediacionmonterrey.blogspot.com/2009/02/justicia-restaurativa-y-alternativa-en.html>

³⁰ Vázquez Bermejo, Oscar. “¿Qué es la Justicia Restaurativa?”. *Justicia Para Crecer. Revista Especializada en Justicia Juvenil Restaurativa.*. Ed. Terre des hommes Lausanne. Perú No 1 Diciembre 2005-Febrero 2006.

³¹ Idem.

³² Llanos, Ramiro. “Justicia Restaurativa” En el Sitio “Restaurative Justice on line. “<http://www.justiciarestaurativa.org/news/rllanos/>

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

En semejanza, las conferencias también se valen de un facilitador del diálogo, sin embargo, son los miembros del grupo reunidos, quienes decidirán como debe de reparar el infractor aquel daño ocasionado. El acuerdo alcanzado se debe formalizar por escrito, firmado por todos los involucrados y se envía a las autoridades correspondientes para su cumplimiento.³³

Las reuniones o conferencias de restauración buscan demostrarle al ofensor que existen muchas personas a quienes les interesa y se preocupan por su situación, al tiempo que se puede conseguir despertar un sentido de responsabilidad en la familia, su círculo interno de amigos y la sociedad entera.

Otra de las bondades es que el acuerdo de resolución alcanzado por todas las partes involucradas fortalece el establecimiento y respeto de los valores comunitarios, así como el uso contractivo de la vergüenza llamada reintegrativa³⁴, por medio de la cual la sociedad denuncia la conducta del ofensor como inaceptable, pero a su vez, se compromete con éste para su reintegración.

Este método restaurativo se divide en 3 fases que son: a) la preparación, el encuentro y el monitoreo posterior al mismo. En la primera etapa, un facilitador capacitado recibe el informe de traspaso y se asesora con funcionarios de la justicia para menores con el objetivo de conocer el asunto. Así el facilitador puede conocer de las partes, identificando sus necesidades y los propósitos a conseguirse en los procesos de restauración.³⁵

Posteriormente se realiza el encuentro entre las partes participantes, ahí el ofensor cuenta su versión de la historia, al terminar, la víctima hace lo propio. A continuación tanto ofensor como víctima tendrán la oportunidad de expresar su sentir respecto a lo sucedido en el delito y sus consecuencias. Las partes entonces podrán efectuarse preguntas, de igual forma lo podrán hacer las respectivas familias. El ofensor se reunirá en privado con su familia para determinar como saldarán la reparación del daño causado, realizando una oferta a la víctima y los demás asistentes. Las negociaciones seguirán hasta lograr un acuerdo, el cual debe formalizarse por escrito, incluyendo un cronograma para la realización del pago y el monitoreo de las partes.³⁶

Por último, la restauración debe ser monitoreada para garantizar el cumplimiento

³³ Idem.

³⁴ V. Pratt, John. "El Castigo emotivo y ostentoso. Su declinación y resurgimiento en la sociedad moderna" *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. Ed. Universidad Nacional del Litoral. 2006. Número 22. p. 34.

³⁵ Galeno Rey, Juan Pablo. "Un nuevo modelo de Justicia Restaurativa y el redimensionamiento del rol y protagonismo de la víctima en el nuevo proceso penal colombiano." En Sintura Varela, Francisco, et. al. *Sistema Penal Acusatorio*. Ed. Universidad del Rosario. Colombia. 2005. p. 318

³⁶ Idem.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

del acuerdo. En caso de incumplimiento regresará a los juzgados.³⁷

- c) *Círculos:*³⁸ Proceso en el que participan la víctima, el infractor y en su caso, la familia de ambos, sus abogados, así como integrantes de la comunidad afectados e interesados de instituciones públicas (policía, ministerio público, poder judicial, familiares, escolares, etc.), sociales (organizaciones de la sociedad civil) y privadas (cámara de la industria, del comercio, del turismo, etc.) son guiadas por un facilitador, con el fin de procurar la sanación de los afectados por el crimen, así como lograr el compromiso y responsabilidad del infractor promoviendo su enmienda y reinserción social.³⁹

Los círculos son métodos restaurativos de resolución de conflictos adaptados de las culturas nativas de los Estados Unidos y Canadá, a partir de la década de los 80's, cuando funcionarios judiciales y los pueblos de las Primeras Naciones⁴⁰ de Yukón promovieron el desarrollo de vínculos entre la comunidad y la vía judicial.⁴¹

Como los demás métodos restaurativos de solución de conflictos mencionados anteriormente, los Círculos son voluntarios, es decir, que nadie puede obligar al ofensor a someterse al proceso restaurativo, además gran parte de la recuperación del mismo depende de esa voluntad del infractor para sanar.

Cualquier miembro de la comunidad en los Círculos, ya sea integrante del sistema judicial, hasta cualquier ciudadano interesado en el delito. Todos los presentes, la víctima y su familia, el delincuente y su familia, y los representantes de la comunidad tendrán la oportunidad de expresarse durante el proceso restaurativo. Los participantes se expresan a medida que se les pasa un objeto que concede la palabra. A medida que dicho objeto pasa por todo el círculo, el grupo debate sobre diferentes temas. Al referirse al delito, los participantes expresarán cómo se sienten al respecto. El ofensor, por su parte, expresará por qué cometió el delito. Durante el método restaurativo, los involucrados en el Círculo tendrán que desarrollar una

³⁷ Ibidem.

³⁸ También llamados "Círculos Restaurativos, de Sanación, de Conciliación, de Sentencia, de Apoyo, de Paz o Tratados de Paz".

³⁹ Pesqueira Leal, Jorge. *Op. Cit en el sitio "Mediación Monterrey"* <http://blogdemediacionmonterrey.blogspot.com/>

⁴⁰ "First Nations"

⁴¹ En la década de los 90's, el juez Barry Stuart del Tribunal Territorial de Yukón promovió los llamados "Círculos de Sentencia", de las aplicaciones más comunes a dicho método restaurativo es el llamado "Círculo Holístico de Sanación de la Comunidad de las Primeras Naciones de Hollow Water". En esta comunidad los círculos fueron utilizados para combatir el alto nivel de alcoholismo de la población. Durante el procedimiento, algunos de los involucrados confesaban experiencias tan íntimas como el abuso sexual. Lo anterior, promovió a los círculos de sanación como un real medio de abordar el conflicto procurando sanar a la víctima, al victimario y de restauración de la sociedad completa. V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional "Restaurative Justice on Line" <http://www.justiciarestaurativa.org/>

estrategia para la restitución del daño causado por el delito.⁴²

A pesar que los Círculos pueden variar dependen del lugar donde se realicen, pueden identificarse las siguientes fases: En primer lugar, el ofensor debe solicitar voluntariamente y sin presión, la sujeción a dicho método restaurativo; al pasar el asunto a este proceso, el delincuente y la víctima son preparados, se les informa de lo que ocurrirá en el círculo, que tendrán la oportunidad de expresarse y de conocer las experiencias de ambos, así como de las demás personas que participen. Posteriormente, un círculo de sentencia determinará la respuesta que se espera del ofensor, pudiendo incluir compromisos de la comunidad y miembros de la familia involucrados y funcionarios judiciales. Por último, un Círculo de apoyo que monitoreará el progreso del acuerdo alcanzado.

d) Asistencia a la Víctima: Como su nombre lo indica, son programas que brindan servicio a las víctimas para ayudarlas a que se recuperen del daño que se les ha ocasionado. Los objetivos que persiguen son:

- a) brindar representación legal a las víctimas del delito para que no se presente una situación de olvido por parte del sistema legal;
- b) la recuperación de las lesiones físicas y psicológicas y
- c) alcanzar una reintegración en la sociedad por parte de la víctima.

Los Programas de asistencia a las víctimas se dividen en dos grandes apartados:

- La defensa de los Derechos de las Víctimas y
- Los servicios de asistencia materiales y psicológicos.⁴³

e) Asistencia a Ex Delincuentes: Es claro que a la hora de salir de prisión, la reinserción social para el reo no es fácil, existen múltiples barreras que podrían orillarlo a reincidir. De igual forma, el purgar una condena, no implica la rehabilitación. También los victimarios necesitan de ayuda.⁴⁴ Los programas de asistencia al prisionero buscan que la transición de la vida en la cárcel a un miembro activo de la comunidad, no sea difícil. Su objetivo es quitar el estigma social que debe cargar el delincuente para recuperarlo como un ciudadano productivo.⁴⁵

⁴² Idem.

⁴³ V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/>

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Dos ejemplos de programas de asistencia al prisionero son: a) El proyecto de Alternativas a la Violencia (“Alternatives to Violence Project” AVP): El cual consiste en seminarios que se centran en el crecimiento de la comunidad y la confianza, al tiempo que desarrollan en los prisioneros aptitudes comunicacionales y la capacidad de resolución de conflictos y b) La Transición de Prisioneros de Detroit (“Detroit Transition of Prisoners” TOP): que es un programa de asistencia poscarcelaria basado en la iglesia, que asiste a ex prisioneros. V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/>

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

f) *Restitución*.⁴⁶ Es el pago del ofensor ya sea en dinero, en servicios o en especie para resarcir a la víctima el daño causado por el delito. En nuestra opinión, no nos parece que sea un método de justicia restaurativa en sí, más bien es el resultado de un proceso restaurativo,⁴⁷ sin embargo, no podemos negar que el acto de restituir lo que se debe puede generar psicológicamente una satisfacción en la víctima y será un paso importante en la rehabilitación del infractor, además de la contribución para enmendar las relaciones sociales de las partes involucradas.⁴⁸

g) *Servicio Comunitario*: Es el trabajo realizado por un ofensor en beneficio de la comunidad para reparar el daño causado por sus acciones. El servicio comunitario es más bien un resultado del proceso restaurativo, sin dejar de reconocer que puede tener un poder para rehabilitar al infractor.⁴⁹

h) *La Mediación y el Encuentro*: Este tipo de método restaurativo se basa en el modelo de encuentros desarrollados en Australia; en el valle de Támesis, Inglaterra; y en Leuven, Bélgica, donde la policía trata de acercar a las partes antes de que se presenten acusaciones formales. La idea de desarrollar dichos programas surgen de la tradición en mediación de los diferentes sectores de las comunidades

⁴⁶ Los Mecanismos de Restitución se encuentran previstos en códigos de antiguas civilizaciones. En el Código de Hammurabi, las víctimas tenían derecho a recibir pago por determinados delitos contra la propiedad. La Ley de las Doce Tablas prescribía el cronograma de pagos en caso de robo de propiedad. En el caso de delitos violentos, codificaciones de Medio Oriente, como el código Sumerio de Urnammu y el Código de Eshnunna establecían la restitución. Por su parte, los “viejos de idea” en la comunidad indígena de Aguarama en el del Perú, ya contaban con juntas de las familias involucradas en conflictos para determinar una restitución de los dañado. V. Binder, Alberto, et. al. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Escuela Nacional de la Judicatura. República Dominicana. 2006. p. 88

⁴⁷ La restauración de la restitución es en verdad, su resultado que es la reparación del daño sufrido por la víctima, lo que por supuesto es beneficioso. Pero para que pueda potenciar toda su capacidad restaurativa es necesario que sea producto de una mediación, reunión restaurativa, etc., pues es ahí donde existe la posibilidad de dialogar y comprender al otro. V. Llanos Ramiro. “Justicia Restaurativa” en el Sitio “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/news/rllanos/>

⁴⁸ V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/>

⁴⁹ Debemos recordar que la sociedad es considerada por la doctrina como una víctima más del delito. Por ejemplo, el daño psicológico social que se pudiera causar. Mientras la restitución repara el daño causado a la víctima en particular, el servicio comunitario repara el daño efectuado a todos. Es importante que a la resolución judicial o acuerdo en el que se determine este servicio, también se especifique claramente la parte de la comunidad que sufrió el daño, el perjuicio sufrido por la misma, y el servicio a ser ordenado para que éste sea específica y directamente reparado. Es decir, que las órdenes de servicio comunitario deben vincular a cada delito en particular con el trabajo a ser realizado. V. Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/>

mencionadas.⁵⁰

i) Conciliación Post-judicial: Este tipo de conciliación consiste en reunir a las víctimas con los ofensores, para que entre ellos, estudien si han podido superar las consecuencias del delito. Se evaluará si el infractor ha tenido una transformación durante su encierro, así como buen comportamiento, si coopera con las demás personas reclusas, si se está capacitando o estudiando, es decir, se verifican todas las condiciones existentes para determinar si en realidad, está apto para salir de la cárcel y mantenerse dentro del orden fuera de ella. De igual forma se evalúa a la víctima, para determinar si ha podido superar el impacto psicológico del delito.⁵¹

3. Reparación del Daño

Un daño es un mal, perjuicio⁵² o menoscabo causado por una persona a otra u otras.⁵³ Este deterioro, puede ser material o moral, el primero consiste en un menoscabo pecuniario al patrimonio de una persona, mientras que el segundo, es la afectación sufrida en los sentimientos, creencias, reputación, en la vida privada o en la consideración que tienen los demás de dicha persona.⁵⁴

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece la reparación del daño al ofendido en su artículo 20, inciso C, “de los derechos de las víctimas”, apartado IV.⁵⁵

Aunque algunos autores definen a la reparación del daño como la obligación pecuniaria impuesta al delincuente de restablecer el statu quo y resarcir los perjuicios derivados de su delito,⁵⁶ otra parte de la doctrina insiste que la reparación

⁵⁰ Llanos, Ramiro. “Justicia Restaurativa” en Sitio en la Red Prison Fellowship Internacional “Restaurative Justice on Line” <http://www.justiciarestaurativa.org/>

⁵¹ Ídem.

⁵² Según María de Jesús Camargo Pacheco, el perjuicio es la ganancia lícita que deja de obtenerse o los deméritos y gastos que se ocasionan por una acto u omisión, debiendo ser indemnizado. V. Camargo Pacheco, María de Jesús. “La Reparación del Daño al Ofendido en la Legislación Sonorense.” *Academia. Revista Jurídica de la Academia de Derecho de la Universidad de Sonora*. Enero 2003. p. 1-4. Por su parte, para Rafael De Pina, el Perjuicio es toda ganancia o beneficio que siendo esperado, ha dejado de obtenerse. V. De Pina, Rafael. “Op. Cit”. p. 403.

⁵³ Ídem. p. 213

⁵⁴ Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Editorial Porrúa. México. 1997. p. 830.

⁵⁵ “De los derechos de las víctimas”, apartado IV. “IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el ministerio público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijara procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.” V. Artículo 20 inciso C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵⁶ UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 12 ed. Ed. Porrúa. México. 1998.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

no debe confundirse con el pago de una suma de dinero.⁵⁷ La reparación del daño es más bien, la solución objetiva o simbólica que restituye la situación al estado anterior a la comisión del delito, satisfaciendo a la víctima, pudiendo ser la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, trabajo gratuito, entre otros.⁵⁸ En el caso de la Justicia Restaurativa aunque también se contempla el pago monetario, en realidad lo que se busca en sí, es la curación de la víctima y también del victimario, por lo que no necesariamente nos referimos a un problema de dinero.

La Reparación del Daño es en realidad una acción emprendida por el delincuente a fin de hacer de la pérdida sufrida por la víctima algo bueno. Es un derecho subjetivo del ofendido, para ser resarcido de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal.⁵⁹

Las Naciones Unidas promueven la protección al derecho que tienen las víctimas a una pronta reparación del daño, así como el acceso de la Justicia para lograrlo, dependiendo de lo establecido en las regulaciones locales.⁶⁰

Para que pueda llevarse a cabo una reparación del daño, se requieren los siguientes elementos:⁶¹

- a) La destrucción, mal, degradación, menoscabo, ofensa o dolor provocado a una cosa, persona o moral de alguien;⁶²
- b) Que el daño sea realizado sin mediar derecho alguno para ello;
- c) El daño proviene de la acción del hombre, es decir, de un acto o hecho humano y;
- d) Es independiente de la intención del responsable

Al efectuarse un perjuicio, el victimario está obligado a indemnizar, ya que el efecto jurídico de la reparación del daño es precisamente la indemnización o resarcimiento

⁵⁷ Cesano, José Daniel. "Reparación y Resolución del Conflicto Penal: Tratamiento en el Código Penal Argentino y perspectivas en el proyecto de reforma integral 2006". En Marchiori, Hilda (coord). *Principios de Justicia y Asistencia para las Víctimas. Estudios sobre la Victimización*. Ed. Encuentro. Argentina. 2007. p. 139

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa. México. 1998, p. 723.

⁶⁰ La Reparación del Daño y el Acceso a la Justicia, a un trato justo y a la asistencia de la Víctima fue reconocida, por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la aprobación de la resolución 40/34, "Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. V. Inciso a, "Las Víctimas de Delitos", apartado 4 de la "Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder".

⁶¹ Malvárez Contreras, Jorge. *La Reparación del Daño al Ofendido o Víctima del Delito*. Ed. Porrúa. 2008. p. 95.

⁶² De Pina, Rafael. *Op. Cit.* p. 213.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

del mismo, es decir, la devolución de la cosa dañada a su estado anterior o el pago de su precio. Mediante la reparación del daño se pretende restablecer el orden quebrado por su merma u ofensa.⁶³

En la justicia restaurativa se busca la reparación del daño causado por el delito.⁶⁴ De preferencia por quien causó éste y para ello, son importantes los esfuerzos del ofensor para lograr dicha compensación.

La reparación comprende cuatro etapas:⁶⁵

- a) *Disculpa*: Puede ser oral o escrita, a su vez consta de tres fases que son:
 - 1) Reconocimiento: En dicho paso el ofensor reconoce su responsabilidad por lastimar a la víctima, acepta que su conducta causó un daño real y que el ofendido no merecía el perjuicio;
 - 2) Emoción: Después del reconocimiento de la culpa, se busca que el ofensor pueda experimentar remordimiento o vergüenza por lo sucedido, con el objetivo de que ello pueda resultar sanador para la víctima y rehabilitador para el victimario;
 - 3) Vulnerabilidad: Se refiere al cambio de poder entre la víctima y el ofensor, pues mediante el delito, el victimario ejerce una fuerza sobre la víctima, al producirse la disculpa el delincuente pasa ese control al ofendido, quien decide aceptar o rechazar la disculpa.
- b) *Cambio en la Conducta*: Busca que el ofensor no cometa más delitos;⁶⁶
- c) *Generosidad*: La Justicia Restaurativa busca en la medida de lo posible que el ofensor realice servicios no relacionados con la víctima o con el delito efectuado, pero que pudieran ser muestra de una verdadera disculpa. Por ejemplo: cuando el victimario decide prestar servicio comunitario en alguna institución elegida por el ofendido;
- d) *Restitución*: Consiste en reemplazar en dinero o servicios a la víctima el daño

⁶³ Ídem.

⁶⁴ El Daño Material ya sea físico o económico, consiste en la restitución de la cosa o el pago del precio; y en lo referente al Daño Moral, la indemnización cabe en caso de injurias difamación y calumnia. Sobre el Daño Moral, su cuantificación resulta ser más complicada, siendo el juez quien determina el monto.

⁶⁵ Según el sitio de “Justicia Restaurativa on line” <http://justiciarestaurativa.org>

⁶⁶ Por dicha razón se busca que al alcanzar acuerdos se incluyan aspectos como el cambio del entorno del ofensor, la transformación de su comportamiento y así como el incentivo de los cambios positivos. Se debe dar seguimiento si asiste a la escuela o si ha cambiado los sitios que frecuentaba, si participa en programas para el tratamiento de adicciones, así como para el control de las emociones, capacitación laboral. Las acciones de seguimiento posteriores a los encuentros restaurativos a fin de monitorear su progreso. Según el sitio de “Justicia Restaurativa on line” <http://justiciarestaurativa.org>

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

realizado.⁶⁷ Debe pagarse, en primera instancia, a quienes se ha inflingido un daño directo con el delito cometido.

4. Perdón del Ofendido

Todo perdón presupone la lesión de un bien penalmente relevante, es decir, se requiere la comisión de un acto delictivo, previamente tipificado y sancionado en la ley, dicho perdón librará al victimario de una pena o castigo.⁶⁸

El Perdón constituye un rechazo al mal infringido con una actitud positiva, o por lo menos, no negativa a la persona que nos ha lastimado.⁶⁹

Perdonar no es fingir que no nos sucede nada o aparentar una reconciliación. Perdonar es un proceso donde se reconocen errores y se intenta corregirlos, buscando en ello, sentimientos de libertad y de paz con uno mismo.⁷⁰

Perdonar es una transformación motivacional que inclina a la persona a inhibir respuestas destructivas en sus relaciones y a convertirlas en constructivas respecto a quien lo ha ofendido.⁷¹

Puede definirse en la práctica clínica como la conciliación existente entre sentimientos y pensamientos negativos y la experiencia vivida de la persona en busca de asumir su responsabilidad para integrarlos en una nueva experiencia, de carácter positivo, constructivo, que deja de lado lo negativo del sufrimiento de la persona.⁷²

El perdón es una realidad que pueden vivir quienes son parte de un proceso restaurativo.⁷³ Perdonar es una cuestión de voluntad, es una elección, no significa una reacción involuntaria.⁷⁴

Sin el Perdón y la Reconciliación es difícil lograr la finalización de un conflicto, ya que se busca el perdón propio y a quienes han inflingido una ofensa. Se debe comprender lo sucedido, las circunstancias y las causas por lo que se dio el agravio, con el objetivo de lograr una liberación de los sentimientos negativos: del rencor, del odio, el temor, el deseo de venganza.⁷⁵

El Perdón y la Reconciliación son procesos y capacidades que demuestran madurez

⁶⁷ Según Rafael De Pina Vara la Restitución es devolver una cosa a quien la tenía anteriormente, poner una cosa en el estado en que estaba antes. V. De Pina, Rabel. *Op. Cit.* p. 443.

⁶⁸ Rodríguez Flores, María. *El Perdón Real en Castilla. Siglos XII-XVIII*. Ed. Universidad de Salamanca. España. 1997. P. 21

⁶⁹ Crespo, Mariano. *El Perdón. Una Investigación filosófica*. Ed. Encuentro Madrid. 2004. p. 32.

⁷⁰ Vinyamata, Eduard. *Manual de Prevención y Resolución de Conflictos. Conciliación, Mediación, Negociación*. Ed. Ariel. España. 1999. p. 76.

⁷¹ Barbosa Ramos, Isaac. *El Valor del Perdón*. Ed. Selector. México. 2006. p. 111

⁷² Ídem.

⁷³ Leigh De Mooss, Nancy. Escoja *Perdonar: Su Camino a la Libertad*. Ed. Portavoz. Estados Unidos de América. 2007. P. 25.

⁷⁴ MacArthur, John. *Libertad y Poder del Perdón*. Ed. Portavoz. 1999. Estados Unidos de América. p. 120.

⁷⁵ Vinyamata, Eduard. *Op. Cit.* p. 76.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

intelectual y espiritual,⁷⁶ no son actos de masoquismo, ni muestras de debilidad, al contrario, representan actos de verdadera humanidad, valor y lucidez.

En Derecho, el Perdón del ofendido o del legitimado al otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela. Una vez otorgado, éste no podrá revocarse.⁷⁷

El perdón sólo beneficia al inculpado a quien se le otorga, a menos que se haya efectuado la reparación del daño al ofensor con lo que se beneficiará a todos los inculpados.⁷⁸

Bibliografía

1. Augusto de Luna, Javier, et. al. *Jornadas iberoamericanas. Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*. 2da. ed. Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2008.
2. Barbosa Ramos, Isaac. *El Valor del Perdón*. Ed. Selector. México. 2006.
3. Binder, Alberto. et. al. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Escuela Nacional de Jurisprudencia. 2006.
4. Camargo Pacheco, María de Jesús. “La Reparación del Daño al Ofendido en la Legislación Sonorense.” *Academia. Revista Jurídica de la Academia de Derecho de la Universidad de Sonora*. Enero 2003.
5. Carranza, Elías. (coord). *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria. Respuestas Posibles*. Ed. Siglo XXI. México. 2001.
6. Carranza y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Editorial Porrúa. México. 1997.
7. Cesano, José Daniel. “Reparación y Resolución del Conflicto Penal: Tratamiento en el Código Penal Argentino y perspectivas en el proyecto de reforma integral 2006”. En Marchiori, Hilda (coord). *Principios de Justicia y Asistencia para las Víctimas. Estudios sobre la Victimización*. Ed. Encuentro. Argentina. 2007.
8. Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa. México. 1998.
9. Crespo, Mariano. *El Perdón. Una Investigación filosófica*. Ed. Encuentro Madrid. 2004.
10. Domingo de la Fuente, Virginia. “Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la teoría a la práctica.” *Lex Nova*. Ed. Lex Nova Madrid. 2008. Número 23.

⁷⁶ Idem. Eduard Vinyamata llama “actos de virilidad intelectual” al sometimiento de procesos de Perdón y Reconciliación.

⁷⁷ Artículo 93, Capítulo III sobre el “Perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo” del Código Penal Federal

⁷⁸ Idem. En Nuevo León el Perdón de la víctima requiere que sea otorgado al ofendido cuando: a) El Delito se persiga a instancia de parte y b) que se conceda antes de que cause ejecutoria la sentencia definitiva que se dicte. V. Artículo 111 del Código Penal del Estado de Nuevo León.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

11. Fabiana Raña, Andrea. *La Mediación y el Derecho Penal*. Ed. Fabián Di Plácido. Argentina. 2001.
12. Galeno Rey, Juan Pablo. “Un nuevo modelo de Justicia Restaurativa y el redimensionamiento del rol y protagonismo de la víctima en el nuevo proceso penal colombiano.” En Sintura Varela, Francisco, et. al. *Sistema Penal Acusatorio*. Ed. Universidad del Rosario. Colombia. 2005.
13. Highton, Álvarez, et. al. *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1998.
14. Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Justicia Restaurativa. Posibles respuestas para el Delito cometido por personas menores de edad*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Argentina. 2004.
15. Leigh De Mooss, Nancy. *Escoja Perdonar: Su Camino a la Libertad*. Ed. Portavoz. Estados Unidos de América. 2007.
16. MacArthur, John. *Libertad y Poder del Perdón*. Ed. Portavoz. 1999. Estados Unidos de América.
17. Malvárez Contreras, Jorge. *La Reparación del Daño al Ofendido o Víctima del Delito*. Ed. Porrúa. 2008.
18. Martín Barberán, Jaume, et. al. “La Transformación del campo del control de la criminalidad y la justicia penal.” en *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Ed. Centre d’ Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Cataluña, 2009.
19. Montero Herranz, Tomás. *La Justicia Penal Juvenil en España: Legislación y Jurisprudencia*. Ed. Club Universitario. España. 2006.
20. Neuman, Elías. *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. Ed. Porrúa. México. 2005.
21. Niles, Christie. *Los límites del Dolor* Ed. Fondo de Cultura Económica. 1984.
22. Pratt, John. “El Castigo emotivo y ostentoso. Su declinación y resurgimiento en la sociedad moderna” *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. Ed. Universidad Nacional del Litoral. 2006. Número 22.
23. Rodríguez Flores, María. *El Perdón Real en Castilla. Siglos XII-XVIII*. Ed. Universidad de Salamanca. España. 1997.
24. Sintura Varela, Francisco, et, al. *Sistema Penal Acusatorio*. Centro Editorial del Rosario. Bogota. 2005.
25. Vázquez Bermejo, Oscar. “¿Qué es la Justicia Restaurativa?”. *Justicia Para Crecer. Revista Especializada en Justicia Juvenil Restaurativa*. Ed. Terre des hommes Lausanne. Perú No 1 Diciembre 2005-Febrero 2006.
26. Vinyamata, Eduard. *Manual de Prevencion y Resolución de Conflictos. Conciliación, Mediación, Negociación*. Ed. Ariel. España. 1999.

UNIDAD I: LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Kemelmajer, Aida. En búsqueda de la tercera vía. La llamada justicia “restaurativa”, “reparativa”, “reintegrativa” o “restitutiva”.

EN BÚSQUEDA DE LA TERCERA VÍA. LA LLAMADA “JUSTICIA RESTAURATIVA”, “REPARATIVA”, “REINTEGRATIVA” O “RESTITUTIVA”

Aída KEMELMAJER

SUMARIO: I. *Terminología*. II. *Algunas definiciones*. III. *Algunas claves para comprender las definiciones*. IV. *Orígenes*. V. *Razones de la aparición*. VI. *Normativa emanada de organismos internacionales que trabajan en el ámbito de los derechos humanos en la que se funda la justicia restaurativa*. VII. *Intereses que la justicia restaurativa intenta amparar*. *Propósitos o fines generales*. VIII. *Un fin esencial. La reparación*. IX. *Idea filosófica que se encuentra a la base de la justicia restaurativa: la democracia participativa*. X. *Conclusiones provisionarias*. XI. *Una esperanza final*.

I. TERMINOLOGÍA¹

Describir el modelo que intenta superar los modelos tradicionales no es tarea fácil. En efecto, como afirman Dognan y Cavadino,²

...la forma precisa del nuevo paradigma es todavía oscura; en la teoría y en la práctica, el debate se caracteriza por una gran confusión *terminológica* y *conceptual*, reflejada muy gráficamente por la variedad de términos que se proponen: justicia positiva, pacificadora, relacional, reparativa, restauradora, comunitaria. Junto a esos adjetivadores, aparecen los sustantivos restitución, reconciliación, restauración, recomposición, reparación, expiación, indemnización del daño, servicios comunitarios, mediación, etcétera.

¹ Sigo, especialmente, a Van Ness, D. *et al.*, “Introducing Restorative Justice”, en Morris-Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 13 y ss.

² Citados por Miers, David, *An International Review of Restorative Justice*, Londres, Home Office, 2001, p. 88.

Algunos autores se inclinan por los adjetivos “*conciliativa*” o “*conciadora*”;³ el inconveniente de esta terminología es que deja fuera ciertos programas que son parte del movimiento en los que, en definitiva, no se llega a una estricta conciliación. Otros hablan de justicia “*transformadora*”, palabra demasiado genérica y, consecuentemente, poco expresiva del fenómeno que se quiere describir.

Muchos prefieren los calificativos “*reparativa*”, “*reparadora*”, “*restitutiva*” o “*reintegrativa*”;⁴ estas adjetivaciones son muy expresivas, pero tienen el inconveniente de mirar casi exclusivamente a la víctima, atender sólo a los vínculos ofensor-víctima, y excluir a la comunidad.

La calificación “*restauradora*” o “*restaurativa*” (*restaurative*, en inglés y en francés), en cambio, parece más cercana al justo medio, desde que comprende a la víctima, al autor e, incluso, a la comunidad. Por eso, las expresiones “*Restaurative Justice*”, en inglés, y “*Justice Restorative*”, en francés,⁵ han sido promovidas en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993, y han ganado impulso a través de las conferencias internacionales realizadas en Adelaida (Australia), Ámsterdam (Holanda) y Montreal (Canadá).⁶ No obstante, algunos autores buscan un sustituto, pues entienden que ese calificativo no tiene una verdadera traducción lingüística equivalente en otras lenguas, dado que la palabra “*restauración*” (en español), o “*restaurazione*” (en italiano), en el lenguaje común, de todos los días, se vincula a actividades más materiales.⁷

Pese a las discrepancias terminológicas, habría algo común a todos los usos de la expresión “*justicia restauradora*” o “*justicia restaurativa*”, fór-

³ Ponti Gianluigi, “Riparazione dei torti e giustizia conciliativa”, en Ponti, Gianluigi (ed.), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milán, Giuffrè, 1995, p. 3.

⁴ Para esta última, véase Highton, E. et al., *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, capítulo IV: Los principios de la justicia restitutiva (pp. 71-92).

⁵ Bruce, Archibald, “La justice restaurative: conditions et fondements d’une transformation démocratique en droit pénal”, texto presentado en el seminario internacional francófono “La justice réparatrice et la médiation: convergences ou divergences”, Québec, Canadá, Mai, 2002.

⁶ Tumarit Sumalla, Joseph, “La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor”, en González Cussac et al. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 48.

⁷ Kemeny, citado por Miers, David, *An International Review of Restorative Justice*, cit., nota 2.

mula, como se ha dicho, "convenientemente corta": se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres "R": *responsibility*, *restoration* and *reintegration* (responsabilidad, restauración y reintegración).⁸ Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito.

Me ceñiré a este aspecto del movimiento, aunque no ignoro que uno de sus más grandes sostenedores, Braithwaite, ha dado a la expresión "restaurar" un alcance mucho más extenso. Afirma que se está ante un proceso restaurativo toda vez que se da a los afectados la oportunidad de decir su historia, sus consecuencias y sus necesidades para intentar poner las cosas en el lugar correcto, y siempre que esa oportunidad aparezca dentro del marco de los valores que incluyen la necesidad de curar las heridas. Por eso, la justicia restaurativa no versa sólo sobre el delito, sino sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible. No es sólo una respuesta al problema de la delincuencia; se trata de una filosofía integral (*a holistic philosophy*);⁹ es un modo de construir un sentido de comunidad a través de la creación de relaciones no violentas en la sociedad. Desde una perspectiva republicana, dice, restaurar a las víctimas puede significar: restaurar la propiedad perdida, la lesión inferida, el sentido de seguridad, la dignidad, las relaciones humanas, el ambiente, la libertad, la compasión, la paz, la libre determinación, el sentido de los deberes como ciudadano, la democracia deliberativa, la armonía basada en los sentimientos de que se hizo justicia, etcétera. Esta diversidad de "restauraciones", lejos de debilitar refuerza el nuevo movimiento, pues, en definitiva, implica restaurar a las víctimas, a los ofensores y a la sociedad.¹⁰

⁸ Miers, D. et al., *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, Londres, Home Office, 2001, p. 9.

⁹ Braithwaite, John, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, VII.

¹⁰ Braithwaite, John, *Crime and Justice*, University of Chicago, 1999.

Otros autores creen que este fin no es alcanzable;¹¹ más aún, no es conveniente que la gente que trabaja en estos programas crea que tiene fines tan amplios, pues luego comprueba que no se cumplen, se desilusionan y abandonan la misión.¹²

Cualquiera que sea la posición frente a la visión amplia, puede decirse que todas las culturas, todos los países, tienen tradiciones “restaurativas” de este tipo, sea en la familia, la escuela, la iglesia, u otros grupos comunitarios. Hasta la diplomacia puede ser *restaurativa*: no es lo mismo el Tratado de Versalles de 1919, a través de una ceremonia de degradación que tendía a humillar a la Alemania vencida, que el Plan Marshall después de la Segunda Guerra Mundial, que tuvo un sentido restaurativo, reintegrando a Alemania en la comunidad internacional.

II. ALGUNAS DEFINICIONES

En estos últimos años, el concepto de justicia restaurativa, que alguien calificó de “atractivo”,¹³ ha ganado popularidad tanto entre los académicos cuanto en los operadores que determinan las políticas en el ámbito de la justicia penal. Sin embargo, las definiciones no son unívocas.

Para algunos, incluso, la definición no es posible porque: *a)* no es una teoría académica del delito o de la justicia, y *b)* los remedios propuestos son muy diversos; o sea, las iniciativas tienen naturaleza *plural*. Se afirma, entonces, que representa un modo ecléctico de responder exitosamente a determinados problemas penales merced a la experiencia acumulada.

Dado el límite de este trabajo, me limitaré a reproducir sólo dos.

Para Ceretti, un autor italiano, la justicia restaurativa es el paradigma de una

...justicia que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la recon-

¹¹ Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Devon, Willan Publishing, 2002, p. 19.

¹² Peters, Tony, “Victim-Offender Mediation: Reality and Challenges”, *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, Lovaina, Leuven University Press, 2000, p. 15.

¹³ *Ibidem*, p. 10.

*ciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo. El desafío es superar la lógica del castigo pasando a una lectura relacional del fenómeno criminal, entendido primariamente como un conflicto que provoca la ruptura de expectativas sociales simbólicamente compartidas.*¹⁴

Tony Marshall, un criminólogo británico, propone la siguiente definición: "Justicia restauradora es un *proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro*". Esta definición ha sido recogida en la Declaración de Leuven de mayo de 1997, que específicamente aconseja el acercamiento restaurativo para los casos de delincuencia juvenil.¹⁵

III. ALGUNAS CLAVES PARA COMPRENDER LAS DEFINICIONES

La mejor comprensión de estas definiciones exige recordar algunos conceptos básicos.

1. *El delito*

La justicia restaurativa no niega que el delito afecta a la sociedad, pero afirma que esa dimensión pública no debe ser el único punto de partida para resolver qué debe hacerse. El delito, más que la violación a una regla legal de conducta, es una violación o ataque de una persona a otra persona. No interesa tanto el derecho abstractamente violado sino el hecho concreto de que una persona fue lesionada por las acciones ilícitas de otra, y es ese daño el que debe ser reparado.¹⁶

Muchas veces, la comisión de un hecho definido por la ley como delito verifica un conflicto que, en definitiva, queda acotado a las partes: obviamente, en el hurto, la lesión a un vecino, el libramiento de un cheque sin fondos, la usurpación de un inmueble, la comisión de una estafa, una

¹⁴ Ceretti, A. *et al.*, "Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto", en Scaparro, Fulvio, *Il coraggio di mediare*, Milán, Guerini e Associati, 2001, p. 309.

¹⁵ Citado por Weitekamp, Elmar, "Research on Victim-Offender Mediation. Findings and Needs for the Futures", *Victim-Offender Mediation in Europe...*, cit., nota 12, p. 103.

¹⁶ Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, cit., nota 11, p. 65.

amenaza, hay un interés general en la resolución del conflicto, pero ese interés general puede quedar agotado cuando las partes llegan a una solución. En suma, el delito no debe ser considerado sólo un ilícito cometido contra la sociedad, un comportamiento que viola el orden constituido y que, por lo tanto, reclama una pena a cumplir; es también una conducta intrínsecamente dañosa y ofensiva que puede provocar a la víctima privación, sufrimiento, dolor y hasta la muerte, por lo que ella tiene derecho a peticionar alguna forma de reparación del daño provocado.¹⁷

Desde esta perspectiva, el sistema vigente no sirve porque no satisface a nadie; la pena estatal no soluciona ningún conflicto, ni el de la víctima ni el de la comunidad.

2. Otras claves. De la autocomposición al monopolio estatal. *Posibles causas del cambio*

En las sociedades primitivas no había derecho sino venganza; un hito positivo en la evolución del sistema fue la reparación del daño, en sus comienzos por el grupo al que pertenecía quien lo había causado, luego por el individuo autor. No obstante, hay que recordar que lo que pareció un avance, no siempre fue realmente tal, porque las compensaciones podían llevar a la ruina y, más aún, a la esclavitud.

Posteriormente, la respuesta al delito no fue la compensación al dañado sino la punición retributiva al autor por parte de quien ejerce el poder. Durante el medioevo, ese poder estuvo en manos de los señores feudales; cuando devino el Estado único, también centralizó en él el poder de sancionar.

La pregunta es por qué una justicia que era *compensadora* cambió de manos y tomó un carácter eminentemente *punitivo*.

La respuesta tradicional es que ese cambio fue un gran progreso; en el delito están comprometidos intereses públicos, y por lo tanto, la autocomposición no tiene lugar.¹⁸

Desde otra perspectiva, se responde que el traspaso obedeció a razones fiscales y políticas: alrededor del siglo XII, los barones, los poderes eclesiásticos y el rey empezaron a tener control de la justicia para poder

¹⁷ Ceretti, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 309.

¹⁸ Aldea Moscoso, Rodolfo, *De la autocomposición. Una contribución al estudio de la solución de los conflictos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 208.

percibir los impuestos sobre las sumas que los ofensores pagaban a las víctimas; miraron al proceso como una fuente de recursos, un suplemento a los impopulares tributos.¹⁹ Para esta posición, el paso de la justicia *reparadora* en manos de la comunidad a la *retributiva* en poder del Estado tuvo los siguientes inconvenientes: *a)* los intereses de la víctima fueron olvidados; si la víctima quiere ser reparada debe ir al sistema civil, más costoso; *b)* la gente piensa que el ilícito es una cuestión del Estado, no de la comunidad, consecuentemente, se desentiende del problema cuando no está afectada directamente, y *c)* lo que empezó siendo una fuente de recursos terminó siendo un negocio que demanda demasiados gastos.

Es necesario, pues, instalar un sistema que no olvide a la víctima (principal protagonista del delito), en el cual la sociedad esté involucrada, y que permita rehabilitar al delincuente, entre otras razones, porque para la sociedad la rehabilitación es menos costosa que la exclusión.

3. Otras reglas

Susan Sharpe,²⁰ autora canadiense, ha propuesto cinco principios claves (*key principles*) para ayudar a entender algunas de las definiciones. En su opinión, la justicia restaurativa:

- Invita a la *participación* y al *consenso* de todos; la víctima y el ofensor tienen participación pero también le abren las puertas a otras personas involucradas (por ejemplo, los vecinos dañados indirectamente por el ilícito).
- Pretende *curar lo dañado*, lo roto. La primera pregunta a contestar es: ¿qué necesita la víctima para curar, para recuperar el sentido de la seguridad? La respuesta es: primariamente, la víctima necesita información y expresar su angustia.
- Persigue *alcanzar una responsabilidad completa y directa*. El infractor debe reconocer lo que hizo mal, pero además debe intentar repararlo. Explicar su conducta a la víctima y a la sociedad es dar el primer paso para la reparación.

¹⁹ Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates, cit.*, nota 11, p. 42.

²⁰ Citado por Van Ness, D. *et al.*, "Introducing Restorative Justice", *op. cit.*, nota 1, pp. 5 y 6.

- Busca reunir —o al menos acercar— lo que el ilícito dividió; la reconciliación de la víctima con el ofensor, y de ambos con la comunidad. El rol de víctima y de ofensor no debe perdurar; por el contrario, sólo debe ser temporal porque concluirá a través de la reparación.
- Persigue estrechar las fuerzas de la comunidad para evitar nuevos ilícitos. El delito causa daño, pero también revela injusticias anteriores (por ejemplo, un sistema económico o racialmente injusto). La fuerzas de la comunidad deben unirse, pues, para disminuir las causas del ilícito.

IV. ORÍGENES

La actual descripción del modelo de justicia restaurativa es de reciente elaboración; sin embargo, las ideas que la fundan vienen desde antiguo. En el “hallazgo” de esos orígenes incide, como no puede ser de otro modo, la mayor o menor simpatía que se tenga por la solución propuesta.

La restitución a la víctima como respuesta económica al hecho delictivo aparece en documentos muy remotos: el Código de Hammurabi preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad; la Ley de las Doce Tablas preceptuaba que el ladrón condenado pagara el doble del valor del bien robado, tres veces el valor si el bien era encontrado en su casa, y cuatro si había obstaculizado la persecución. En Inglaterra, en el año 600 d. C., el rey de Kent, Ethelbert, desarrolló un sistema detallado de baremos para la valuación del daño,²¹ etcétera.

Sin embargo, en opinión de Beaudoin, juez de la Corte de Québec,²² la idea central de la justicia restaurativa, como se la entiende hoy, ha sido tomada de la experiencia de los pueblos nómades, más particularmente autóctonos, en los supuestos en que el infractor era un miembro del clan o alguien conocido por su comunidad; excluirlo era perjudicial para los intereses y la supervivencia del grupo; el modo de sanar la situación era, pues, obligar al infractor a reparar el mal causado y rehabilitarlo; de este modo, los lazos entre el autor del delito, la víctima y la comunidad quedaban restablecidos.

²¹ Gatti, Humberto y Marugo, Maria Ida, “La vittima e la giustizia riparativa”, en Ponti, Gianluigi (ed.), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., nota 3, p. 87.

²² Conferencia pronunciada en Mendoza, en diciembre de 2002.

En realidad, la justicia restaurativa existe desde hace muchos siglos en pueblos de diversas culturas. Aunque con otro nombre, estas tradiciones vivían en Canadá, Nueva Zelanda y en otros países donde el fenómeno, pese al monopolio estatal de la justicia, sigue funcionando. Ello obedece, especialmente, a que en los años sesenta los pueblos colonizados de Norteamérica, Australia y Nueva Zelanda empezaron a luchar para hacer revivir su justicia tradicional. En general, los autores²³ marcan el comienzo de esta etapa en el caso solucionado en 1974, en Kitchener, Ontario, Canadá. Se cuenta que Mark Yantzi, un miembro de la secta menonita, estaba cansado de la falta de respuesta judicial efectiva a los numerosos ataques a la propiedad realizados por menores de edad. En uno de estos procesos, dos jóvenes fueron condenados por veintidós actos vandálicos; Yantzi pidió al juez que permitiese un encuentro entre los delincuentes y las víctimas. El juez aceptó y ordenó a los dos condenados que fuesen con Yantzi y Worth (otro integrante de la secta), y luego le hicieran un informe de lo que habían visto, conversado con las víctimas, y de los daños que éstas habían sufrido. La solución fue exitosa y los jóvenes infractores se reincorporaron a la sociedad.

En algunos países, pues, los procesos de justicia restaurativa se han iniciado bajo la inspiración de ideas religiosas;²⁴ en otros, como Noruega, la religión nunca ha intervenido, desarrollándose bajo concepciones absolutamente seculares.²⁵

²³ Véase, entre otros, Highton, E. *et al.*, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, cit., nota 4, p. 157.

²⁴ No debe creerse que todos los sectores del cristianismo han estado en contra de las cárceles. Por el contrario, los cuáqueros fueron siempre entusiastas defensores de la cárcel como el modo normal de responder al delito. Ellos creían que los ofensores no se reforman a menos que reconozcan el pecado y se arrepientan; pues bien, según ellos, la experiencia carcelaria les provee la oportunidad de este arrepentimiento porque el convicto debe ser colocado en aislamiento, provisto sólo de un texto de la Biblia. Este sistema carcelario se instaló en la Walnut Street Jail de Filadelfia, y en su momento fue muy criticado por Alexis de Tocqueville cuando visitó los Estados Unidos; el prestigioso francés sostenía que ese sistema carcelario llevaba a la depresión y a la insania. Dean-Myrda, Mark y Cullen, Francis, "The Panacea Pendulum. An Account of Community as a Response to Crime", en Lawrence F. Travis III (ed.), *Probation, Parole, and Community Corrections. A Reader*, Illinois, Waveland Press, 1985, p. 12.

²⁵ Kemény, Siri Ilona, "Policy Developments and the Concept of Restorative Justice through Mediation", *Victim-Offender Mediation in Europe...*, cit., nota 12, p. 83.

V. RAZONES DE LA APARICIÓN

Se ha dicho²⁶ que la justicia restaurativa es el producto de la conjunción de tres corrientes de pensamiento ideológicamente heterogéneas: *a)* la que mostró la fractura de las instituciones tradicionales de regulación y, consecuentemente, la imagen de una comunidad perdida que es necesario revivificar; *b)* la corriente que denunció los efectos devastadores del sistema penal en la vida del delincuente, y *c)* la que propició el desarrollo de mecanismos tendentes a exaltar los derechos del hombre y, consecuentemente, también los de las víctimas.

La confluencia de estas tres corrientes explicaría la ambigüedad del modelo y las dificultades para determinar su verdadera naturaleza jurídica. No obstante, la idea por todos compartida es que el aparato institucional es insuficiente para afrontar los problemas, íntimamente unidos a la realidad sociocultural del niño infractor.

VI. NORMATIVA EMANADA DE ORGANISMOS INTERNACIONALES QUE TRABAJAN EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA QUE SE FUNDA LA JUSTICIA RESTAURATIVA²⁷

Haré referencia a algunos documentos internacionales; en este recorrido, como no podía ser de otro modo, me detendré especialmente en los textos emanados de los distintos organismos pertenecientes a las Nacio-

²⁶ Faget, Jacques, *La médiation. Essai de politique pénale*, París, Érès, 1992, p. 23.

²⁷ Véase, especialmente, Spirito, Daniela, "Principi penali e direttive internazionali nel nuovo processo minorile", en Cataldo Neuburger (ed.), *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, Padua, Cedam, 1990, pp. 219 y ss. No hay reforma legislativa de las últimas dos décadas que no mencione los documentos internacionales como fundamento de la solución (aunque de alguna manera los traicione); prácticamente no se encuentra un autor que escriba modernamente de la cuestión y que no haga referencia a ellos. A vía de ejemplo, veánse D'Antonio, Daniel H., *Derechos fundamentales del niño*, Rosario, Zeus, 1999, p. 227; Guilhemjouan, Jean Yves, "Les enjeux de la médiation/réparation pour le médiateur", en Cario, Robert (dir.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, París, L'Harmattan, 1997, p. 105; Bustos Ramírez, "Perspectivas de un derecho penal del niño", *Nueva doctrina penal*, 1997-A, p. 66; Belloff, Mary, "Niños y jóvenes: los olvidados de siempre", *El nuevo Código Procesal Penal de la nación*, Buenos Aires, El Puerto, 1993, pp. 252 y ss.; *id.*, "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 9; *id.*, "Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos", *Justicia y Derechos*

nes Unidas, ente que, desde sus inicios, estuvo preocupado por la infancia. Prueba de este aserto es que, en 1946, la Asamblea General creó UNICEF para responder a las necesidades más urgentes de la infancia europea que, tras la Segunda Guerra Mundial, se encontraba en situación absolutamente precaria.²⁸

No debe sorprender, entonces, que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil, hayan sido piezas fundamentales en el proceso de transformación de la legislación penal juvenil de América Latina y de Europa, habiéndose dicho, con razón, que "la doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia constituye hoy un nuevo paradigma del derecho penal juvenil fundado sobre estos documentos internacionales".²⁹ La índole de estas notas me impide

del Niño, núm. 2, 2000, p. 77; Cardoso, José, *Los menores en conflicto con la ley penal*, en LL 2001-E-1977; Cillero Bruñol, Miguel, "Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 65; *id.*, "Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 2, 2000, p. 101; Cortés Morales, "¿Distintas lecturas del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño?", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 77; González Álvarez, Daniel, "Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana", *Nueva doctrina penal*, 1996/B, p. 465; Llobet Rodríguez, Javier, "La justicia penal juvenil en el derecho internacional de los derechos humanos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002, p. 396; Martín López, M. Teresa, "Delincuencia juvenil y normativa internacional", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, Universidad de Salamanca, 2001, t. I, p. 329; Maier, Julio, "Los niños como titulares del derecho al debido proceso", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 2, 2000, p. 9; Ornosá Fernández, María R., *Derecho penal de menores*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 47; Pérez Manrique, Ricardo, "Sobre el ejercicio de la defensa de menores infractores", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 165; Perucci, Mario, *Bambini ed adolescente di fronte alla legge*, Ancona, Nuove Ricerche, 1994, p. 318; Quadrato, Maria E., *Il minore tra interessi e diritti*, Bari, Cacucci, 1995, pp. 8 y ss.; Renucci, Jean F., *Le droit pénal des mineurs*, París, PUF, 1991, p. 54; Saulle, Maria Rita, "La Convenzione della Nazioni Unite per la tutela dei diritti del bambino", en Cataldo Neuburger, Luisella (ed.), *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, Padua, Cedam, 1990, p. 237; Uriarte, Carlos, "Delincuencia juvenil y derechos humanos", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 2, 2000, p. 91.

²⁸ Véase Lázaro González, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 75.

²⁹ Larissa, Silvia, "Evoluzione del diritto penale minorile", en Palermo Fabris, Elisabetta y Presutti, Adonella (eds.), *Trattato di diritto di famiglia*, Milán, Giuffrè, 2002, t. V, p. 154.

ingresar en el análisis de otros documentos internacionales, altamente significativos para el tema en cuestión.

1. *Convención Internacional de los Derechos del Niño*

A. *Historia*

Este documento, el instrumento clave, el centro sobre el cual gira el derecho vigente de la infancia y la adolescencia, fue minuciosamente preparado durante diez años por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Su elaboración se remonta a 1979, año internacional del niño, cuando Polonia propuso redactar una convención que estableciera los derechos del niño. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU organizó un grupo de trabajo abierto para estudiar el tema. En ese grupo, además de la intervención obligatoria de los representantes de los cuarenta y tres Estados integrantes de la Comisión de Derechos Humanos, tuvieron posibilidad de participar los delegados de cualquier país miembro, los organismos internacionales como UNICEF, y grupos *ad hoc* de organizaciones no gubernamentales. En 1989, justamente treinta años después de la aceptación de la Declaración de los Derechos del Hombre (20 de noviembre de 1959), la Asamblea General aprobó la Convención de los Derechos del Niño. Se trata del tratado internacional aprobado con mayor amplitud, y el que ha sido ratificado por mayor número de países en toda la historia de las Naciones Unidas; fue ratificado por todos los países del mundo, excepto Estados Unidos y Somalia.³⁰

³⁰ García Méndez ha explicado estas dos excepciones del siguiente modo: Somalia se ha vuelto pura geografía; no logra constituirse como sujeto de derecho internacional; la guerra civil ha hecho desaparecer todo vestigio del gobierno central. El caso de Estados Unidos es más complejo, pero pueden señalarse tres motivos de naturaleza diversa: a) el primero se vincula con una tradición jurídica del derecho anglosajón que privilegia los derechos y garantías individuales, es decir, el derecho como un instrumento eficaz para restringir el área de intervención del Estado; se trata de una tradición que se resiste a transformar en normas exigibles aspectos vinculados al área de lo económico-social (salud, trabajo, vivienda), y la CIDN es también un catálogo de derechos económicos sociales; b) el segundo es la imagen falsa, pero eficientemente distribuida por grupos conservadores, generalmente de matriz religiosa, según la cual la Convención destruye la autoridad de los padres sobre los hijos; c) el tercer motivo, de naturaleza eminentemente simbólica, es el vínculo estrecho entre los temas de seguridad urbana y la delincuencia juvenil. En la mayoría de los estados de Estados Unidos, cuando un adolescente mayor

Por lo demás, es importante recordar que las directrices de la Convención constituyen un mínimo a alcanzar, dejándose abiertas las puertas a las medidas más favorables que los Estados puedan llevar a cabo.

B. Un principio rector: el interés superior o el mejor interés del niño

Esta Convención constituye un verdadero "compromiso" entre diversas culturas y realidades; no obstante, contiene un principio rector que ha pasado a todas las legislaciones inspiradas en este documento internacional: el principio del interés superior del niño, o el mejor interés del niño. Dispone el artículo 3o.: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño".³¹

de 14 años comete un delito muy grave, se lo juzga y sentencia, pudiendo, incluso, condenárselo a la pena de muerte, que se ejecuta una vez cumplida la mayoría de edad. La ratificación de la Convención haría imposible, o al menos extremadamente difícil, esta última solución. García Méndez, Emilio, "Infancia, ley y democracia. Una cuestión de justicia", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Buenos Aires-Bogotá, Temis-Depalma, 1998, p. 9, nota 1. El autor atribuye a Brasil ser el gran mentor de la transformación del derecho de menores en la región, a la luz de los principios de la Convención. Argentina ratificó la Convención por ley 23.849.

³¹ La bibliografía sobre el principio del interés superior del niño es infinita; cualquier intento de sintetizarla es tarea inútil. Para el principio del interés superior del niño en la nueva ley penal española 9/2000, véase, entre muchos, Altava Lavall, Manuel Guillermo, "El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes", Planchadell Gargallo, Andrea, "La intervención de la víctima en la instrucción del proceso penal de menores", en González Cussac *et al.* (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, cit., nota 6, p. 347; Martínez Serrano, Alicia, "Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000", *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 23; Martín Sánchez, Ascensión, "El interés del menor en la ley orgánica 1/96 y en la ley orgánica 5/2000", *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 147; Peris Riera, Jaime, "El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la ley orgánica 5/2000", *La Ley Española*, 2001-2-D-46, p. 1649; Hernández Galilea, Jesús Miguel *et al.*, *El sistema español de justicia juvenil*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 62 y 87; Brualla Santos-Funcia, Luis, "Los derechos del niño: menores infractores. Algunas consideraciones", *Aspectos jurídicos de la protección del menor*, Junta de Castilla y León, 2001, p. 32 (el autor tiene una visión crítica de la ley; sostiene que triun-

Aunque se trata de un principio que se extiende en todas las direcciones, dada la índole de este trabajo, limitaré su análisis al aspecto conocido como *principio garantista*,³² o sea, a su aplicación en el proceso penal juvenil.

Creo importante subrayar que el artículo 3o. no es una mera declaración ni un simple deseo. Por el contrario, su carácter obligatorio está previsto en el artículo 4o.:

*Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas de conformidad con los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.*³³

El interés superior del niño configura, pues, el criterio informador de la elaboración, interpretación y aplicación de todas las normas que afectan al niño; a su alrededor deben articularse todos los derechos que se le

fa el interés del perjudicado por encima del interés del niño. En aquellos casos en que los daños causados han sido cuantiosos, el autor se pregunta: ¿puede pedirse, y menos esperarse, que el menor reconozca y asuma su autoría?, ¿cuál es el precio que le pone el legislador al logro de la sinceridad del menor en estos expedientes?, ¿por qué se va a poder pensar en términos de una postura colaboradora del menor y de sus padres que permita la educación y resocialización del menor?, ¿a qué asesoramiento técnico se obliga al letrado del menor?); Dolz Lago, Manuel Jesús, "El fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la ley orgánica 4/1992", *La Ley Española*, 1996-1-1592 (el autor entiende que en el proceso penal el interés superior del niño debe compatibilizarse con el interés de la víctima y el de la sociedad).

³² Tomo la expresión de Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *op. cit.*, nota 27, p. 77. Para el tema, véase Allaix, Michel, "Les règles de Beijing et les articles 37 et 40 de la Convention Internationale relative aux droits de l'Enfant", en J. Rubellin Devichi (dir.), *L'enfant et les conventions internationales*, Lyon, 1996, p. 123.

³³ En cumplimiento de esta norma, en Argentina, el procurador general de la nación emitió la resolución 30/97 por la que instruye a todos los funcionarios del Ministerio Público Fiscal para que en los casos donde intervengan, planteen la operatividad de los derechos y garantías que consagra la Convención. En particular, destaca la necesidad de tener en cuenta la jerarquía constitucional de dicha Convención y su supremacía normativa sobre la legislación procesal y toda otra disposición legal que la contrarie (citada por Marchisio, Adrián, "Los menores de edad infractores de la ley penal. Estado actual del sistema", *Nueva doctrina penal*, 2002/B-761).

reconocen como sujeto de derecho. Por eso, la fórmula se repite en todos los textos normativos, y actúa, o debiera actuar, como salvaguarda genérica y universal estableciendo el orden de prioridad de los intereses de las diferentes partes en conflicto.

Sin embargo, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, no siempre es fácil concretar su contenido,³⁴ a punto tal que la doctrina de la "situación irregular", que fundó el modelo rehabilitativo y en el que tantas veces quedaron olvidadas las garantías procesales y penales, también se fundó en ese interés superior, pues la mayoría de las medidas se fundaban en la necesidad de "salvar al niño".³⁵

Más allá del mal uso, se ha dicho que el cumplimiento del principio es paradójico; "a veces el interés superior del niño es diametralmente opuesto a lo que el niño quiere; y siempre es el adulto quien decide cuál es ese interés superior".³⁶

Para algunos, ese interés superior implica que "todas las decisiones que se tomen deben tener por fin primordial contribuir a la educación y al desarrollo de la personalidad de quien ha manifestado una actitud anti-

³⁴ Véanse, entre muchos, para las diferentes escuelas y concepciones, Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000; Rosenczveig, Jean Pierre, *Le dispositif français de protection de l'enfance*, 2a. ed., París, Jeunesse et Droit, 1998, p. 658; Costanzo, Angelo, "Vicende di due principi costituzionalmente rilevanti e affini", *Rivista Il diritto di famiglia e delle persone*, 1995-3-1129. Tan es así, que a veces la Convención se cita paradójicamente para revocar decisiones que sobreseen la causa en favor de un menor. Así, por ejemplo, en la sentencia del 3 de julio de 2003, la Cámara Federal de San Martín (provincia de Buenos Aires) hizo lugar al recurso deducido por el Ministerio Fiscal y anuló el sobreseimiento dictado en favor de un menor a quien no se había oído. Dijo el tribunal que "la situación de incomparecencia del causante durante más de un año de iniciado el proceso pone de relieve la falta de conocimiento directo del menor y de informes dirigidos al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encontraba, que permitan establecer si se encontraba en una situación de abandono, falta de asistencia, en peligro material o moral o si presentaba problemas de conducta y adoptar, en su consecuencia, las medidas tutelares de resguardo que correspondan, ya que de lo que se trata es de cumplir con lo dispuesto por el régimen penal de la minoridad (artículo 1o. de la ley 22.278) y con lo establecido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño" (diario *El Dial*, visible en *elDial.com*, 5 de agosto de 2003).

³⁵ Llobet Rodríguez, Javier, "La justicia penal juvenil en el derecho internacional de los derechos humanos", *op. cit.*, nota 27, p. 397.

³⁶ Puntos Guerrero, Salvador, "La protección de los derechos del niño. ¿Hay lugar para la mediación?", *I Seminario Internacional en Minoridad y Familia*, Mendoza, 2001, p. 98.

social para que no vuelva a repetirlo en el futuro". Otros, con mayor precisión, indican que significa "interés en y para la educación del niño, en aquello que favorezca el libre y pleno desarrollo de su personalidad y le lleve a respetar los derechos y libertades y, en consonancia, los bienes jurídicos ajenos; en definitiva, que ayude a reintegrarle a la sociedad".³⁷ Otros subrayan que "interés superior significa que hay que atender no sólo al respeto de los derechos y garantías individuales de las personas menores de edad, sino a consideraciones fácticas, personales y sociales".³⁸

La reciente ley 9053 de la provincia de Córdoba, Argentina, dispone en el artículo 4o.: "En todo lo que concierne al niño y al adolescente se deberá atender primordialmente a su interés superior; *entendiendo por tal la promoción de su desarrollo integral*. Toda medida que se tome con relación a ellos deberá asegurar la máxima satisfacción de derechos que sea posible conforme a la legislación vigente".

C. Los textos de la Convención

Interesan, fundamentalmente, los artículos 37 y 40, ya que ambos comportan un conjunto de preceptos o mandatos específicos sobre la justicia penal juvenil.³⁹

D. Eficacia real de las normas transcritas

Los artículos 37 y 40 son muy importantes en cuanto prohíben la detención ilegal o arbitraria del infractor juvenil; establecen la oportunidad de ser oído en los procedimientos judiciales o administrativos y otras garantías jurisdiccionales, como el derecho a la justicia rápida,⁴⁰ a la invio-

³⁷ Cruz Blanca, María José, *Derecho penal de menores. Ley orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Madrid, Edersa, 2002, p. 313.

³⁸ Sanz Hermida, Ágata A., *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, p. 74.

³⁹ Martín López, María Teresa, "Modelo de justicia juvenil en la convención de derechos del niño", en Martín López, M. Teresa (coord.), *La protección de los menores. Derechos y recursos para su atención*, Madrid, Civitas, 2001, p. 146.

⁴⁰ El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es importante en todos los ámbitos, pero lo es más aún en el de la minoridad. Precisamente, la Corte Constitucional italiana ha declarado la constitucionalidad de los procedimientos en los tribunales penales

labilidad de la defensa, al recurso; a un proceso amplio y transparente; a la intervención mínima, el principio de subsidiariedad, etcétera.

Lamentablemente, un informe reciente de UNICEF dice:

En gran número de países se cometen violaciones constantes de los derechos de la infancia. Muchos niños están detenidos por conductas no tipificadas como ilícitas o que no serían consideradas delito si las hubiera cometido un adulto. Puede que se les considere culpables por carecer de un hogar, o por no estar bajo la protección de un adulto, y muchas veces se les detiene simplemente para alejarlos de las calles. En Kenia, Côte de Ivoire y el antiguo Zaïre, se arresta periódicamente a los niños por carecer de hogar o por vagancia, y en Filipinas y Nepal el número de arrestos suele aumentar poco antes de la visita de un dignatario. Las autoridades arrestan a los niños por una mera sospecha o a causa de delitos menores, como pedir limosna, robar objetos de escaso valor o subir al autobús sin pagar. Existe una correspondencia abrumadora entre los arrestos y el estado de pobreza o de dificultad en que se encuentra la persona arrestada... En Nepal muy pocos niños no han ingresado alguna vez en un centro de detención.⁴¹

E. La Convención y los programas de justicia restaurativa

Se ha dicho que la Convención proporciona la base para las "4 D", típicas de la justicia retributiva: *desjudicialización*, *descriminalización*, *desinstitucionalización* y *due process* (proceso debido).⁴²

Prevé, además, otra regla muy importante para este modelo, cual es la obligación de los Estados de establecer una pluralidad de medidas para mayor flexibilidad, y en aras de evitar, dentro de lo posible, la adopción de la internación.

Adviértase que la desjudicialización, o *diversion* o desviación o remisión, un aspecto muy importante de la justicia restaurativa, como he explicado en el apartado introductivo, aparece consagrada en el artículo

juveniles cuya finalidad es que, a través de ritos rápidos, se reduzcan los tiempos de exposición del menor al proceso con el inevitable riesgo de estigmatización. Larissa, Silvia, "Corte costituzionale e sistema di giustizia minorile", *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 104.

⁴¹ Bartlett, Sheridan *et al.*, *Ciudades para los niños. Los derechos de la infancia, la pobreza y la administración urbana*, Madrid, UNICEF, p. 239.

⁴² Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 77.

40.3, cuando se refiere expresamente al derecho del niño a que se adopten “medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

2. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil (U. N. Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice), 1985*

Conocidas como reglas de Pekín (*Beijing Rules*),⁴³ fueron aprobadas por la resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

No establecen un modelo rígido; por el contrario, las reglas están formuladas de tal manera que pueden ser aplicadas en diferentes sistemas jurídicos; por eso se establecen fórmulas y conceptos amplios y flexibles.

Se trata de una especie de codificación de la administración de justicia de jóvenes; versa sobre las sanciones y procedimientos y traza el camino que va desde la identificación de los jóvenes autores hasta su reintegración en la sociedad. Combina los requerimientos del debido proceso con la centralidad del interés y el futuro desarrollo del joven. En particular, reconoce las especiales necesidades del menor, y por lo tanto la necesidad de un proceso flexible que dé posibilidad de opciones; da al Ministerio Público facultad para salir del juicio formal a través de programas comunitarios, restitución, compensación, consejo. Insiste en que la institucionalización debe ser la última medida y siempre por un periodo mínimo. Reitera la protección de la intimidad y del anonimato que prevenga al niño de todo daño o estigmatización; establece la necesidad de evaluar, monitorear y controlar el sistema para estar seguro de su flexibilidad y efectividad. En suma, se inclina en favor de un sistema de justicia que tenga por objetivo la tutela del joven y asegure que la medida adoptada sea proporcional a las circunstancias del delito y del autor (artículo

⁴³ La influencia de las reglas de Pekín sobre la nueva legislación europea es reconocida de modo unánime por la doctrina (véase, entre otros, Balloni, Augusto, “Nuovo processo penale a carico dei minorenni e problemi di criminologia”, *Criminalità e giustizia minorile in Emilia Romagna*, Bologna, Clueb, 1990, pp. 11 y ss.; Cruz Blanca, María José, *op. cit.*, nota 37, p. 107). Véase el cuidadoso análisis de estas reglas en Pérez Martell, Rosa, *El proceso del menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Madrid, Aranzadi, 2002, pp. 111-132.

5.1); declara inoportunas las soluciones exclusivamente punitivas.⁴⁴ Declara el derecho del joven infractor a la presunción de inocencia, a ser notificado de las acusaciones, a no responder, al asesoramiento, a la contradicción y a la doble instancia, a plazos máximos de detención, a un juicio imparcial y equitativo.

El artículo 11 busca intencionalmente la desjudicialización del derecho penal juvenil al disponer:

11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los jóvenes delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes mencionadas en la regla 14.1, para que los juzguen oficialmente.

11.2. La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupan de los casos de delincuencia juvenil estarán facultados para resolver dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.

11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres, o de su tutor; la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

De este texto surge que la remisión o *diversion* puede utilizarse en cualquier momento del proceso, y siempre debe asegurarse el consentimiento del infractor (o de sus padres o tutores). Los infractores juveniles no deben ser presionados, ni han de sentirse presionados para lograr su consentimiento. Por ello, se aconseja que se tomen disposiciones para una evaluación objetiva de la conveniencia de que intervenga una autoridad competente cuando así se solicite. Adviértase que el artículo 11.4 recomienda especialmente los programas que entrañan el avenimiento mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras trasgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación.

Seguramente, cualquier lector de América Latina razonablemente teme a las facultades discrecionales otorgadas a la policía. Para disminuir

⁴⁴ Cimadomo, Donatello, *Un giudice "unico" per il processo penale minorile*, Padua, Cedam, 2002, p. 13.

ese temor, adviértase que el artículo 12 requiere el principio de especialización, en especial policial, recaudo muy lejos de alcanzar en la realidad cotidiana: "Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esta finalidad".

En verdad, este instrumento internacional requiere que todos los intervinientes sean especialistas. Dice la regla 22:

Necesidad de personal especializado y capacitado. Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción. El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.

Además, el artículo 6.1 dice: "habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los jóvenes, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones". El artículo 6.3 completa: "Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos".

Bien se ha dicho que la competencia y el profesionalismo son los instrumentos más adecuados para restringir el ejercicio excesivo de las facultades discrecionales. Por eso, las Reglas hacen especial hincapié en la idoneidad profesional y en la capacitación profesional de los expertos como medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de tales facultades.⁴⁵

Conforme al artículo 14, todo delincuente juvenil cuyo caso no sea objeto de remisión con arreglo a la regla 11 será puesto a disposición de

⁴⁵ Córdoba, Eduardo, *Universo jurídico del menor*, Córdoba, Lerner, 1994, p. 432.

la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etcétera) que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo. El procedimiento favorecerá los intereses del joven infractor y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que él participe y se exprese libremente. El artículo 5o. dispone que "el sistema de justicia juvenil hará hincapié en el bienestar del niño y garantizará que cualquier respuesta será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito".

Queda claro, pues, que el principio de proporcionalidad no sólo debe atender a la gravedad del delito sino también a las circunstancias personales del menor. Un sector de la doctrina afirma que en esta frase quedan comprendidos los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima y su buena disposición para realizar una vida sana y útil,⁴⁶ ambos fines básicos de la justicia restaurativa.

Por su parte, la regla 18.1 ordena: "Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones". Entre tales decisiones, algunas de las cuales se pueden aplicar simultáneamente, se prevén las siguientes: *a)* órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; *b)* libertad vigilada; *c)* órdenes de prestación de servicios a la comunidad; *d)* sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones, etcétera.

3. *Recomendaciones de organismos europeos*⁴⁷

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha emitido varios documentos cuya pauta común, según la doctrina, es "alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y mediación desde el primer momento, con la intervención policial y la colaboración de los servicios de protección de menores";⁴⁸ se enumeran, entre otros, los siguientes:

⁴⁶ *Ibidem*, p. 431.

⁴⁷ Altamente significativa para los derechos del menor es la Convención de Estrasburgo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores. No me refiero a ella porque la Convención regula esencialmente los derechos que derivan de sus relaciones de familia, en particular los relativos a la patria potestad y derecho de residencia y de visita. Véase el breve comentario de Fioravanti, Cristiana, "I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l'entrata in vigore, per la Repubblica italiana della Convenzione di Strasburgo", *Le nueve leggi civili commentate*, 2003-3, p. 561.

⁴⁸ Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 78.

1) La recomendación 11/85 del 28 de junio de 1985, referida a la posición de la víctima en el proceso penal. Este documento ha tenido mucha influencia en la legislación europea; veintidós países modificaron su ley; Inglaterra, Gales y Holanda fueron quienes mejor la instrumentaron. Malta, Chipre, Grecia y Turquía, países donde la justicia restaurativa tiene poco desarrollo, son también los que tienen las legislaciones con un esquema de protección más débil.⁴⁹

2) La recomendación sobre "reacciones sociales a la delincuencia juvenil" (*Recommendation on Social Reactions to Juvenile Delinquency*), R (87) 20, del 17 de septiembre de 1987, reconoce que la educación y la integración social pueden ser las llaves características del sistema penal juvenil; urge a los Estados miembros revisar su legislación y su práctica, especialmente para que los jóvenes no sean juzgados por los tribunales de mayores; afirma que la comunidad debe involucrarse en las políticas, y recomienda el desarrollo de la desjudicialización y la mediación a nivel del órgano de persecución, o de la policía, según sea competente en cada país, con el fin de evitar que las personas menores de edad ingresen en el sistema de justicia penal y sufran sus consecuencias. En tal sentido dispone:

II. Desjudicialización y mediación...

2. Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los jóvenes ser asumidos por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección de la infancia a la aplicación de estos procedimientos.

3. Adoptar las medidas necesarias para que en el curso de estos procedimientos: *a)* se asegure la aceptación por el menor de las eventuales medidas que condicionan la desjudicialización y, si es preciso, la colaboración de su familia; *b)* se conceda una atención adecuada tanto a los derechos e intereses de la víctima como a los del menor.

III. Justicia de menores...

4. Asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos para que ella pueda tener una acción educativa eficaz.

⁴⁹ Weitekamp, E., "Mediation in Europe: Paradoxes, Problems and Promises", en Morris-Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, *cit.*, nota 1, p. 151.

5. Evitar la remisión de los menores a la jurisdicción de adultos, cuando existen jurisdicciones de menores.

6. Evitar, en la medida de lo posible, la detención preventiva de los menores y, en todo caso, alentar a las autoridades competentes a controlar las condiciones en las que aquella se desarrolla...

9. Alentar la adopción de disposiciones para que todas las personas que intervienen en las diversas fases del procedimiento (policía, abogados, procuradores, jueces, trabajadores sociales), tengan una formación especializada en el ámbito del derecho de menores y de la delincuencia juvenil.

3) La recomendación R (99) 19, titulada "Mediación en asuntos penales" (*Mediation in Penal Matters*)⁵⁰ marca las siguientes líneas:

- a) La legislación debe facilitar la mediación en asuntos penales.
- b) La mediación penal debe ser un servicio a disposición de los sujetos procesales.
- c) Debe permitirse en cualquier estadio del proceso penal.

De cualquier modo, no debe ser tan temprana que impida al imputado saber cuáles son los hechos que se le imputan; en tal sentido, dispone que "los hechos relevantes del caso normalmente tienen que ser conocidos por ambas partes como presupuesto de la mediación" (*the basic facts of a case should normally be acknowledged by both parties as a basis for mediation*).

Tampoco debe ser tan tardía que la mediación se convierta en una simple alternativa de la pena y deje de ser una alternativa del proceso. Por eso, la doctrina interpretativa de la recomendación señala que es preferible al comienzo del proceso, después de conocer los hechos, cuando ni la víctima ni el imputado han sufrido el proceso de estigmatización.

- d) La mediación penal debe tener suficiente autonomía dentro del sistema penal.

Consecuentemente, si la mediación fracasa, los hechos reconocidos no pueden ser usados durante el proceso posterior como prueba

⁵⁰ Para un análisis completo de la recomendación, *cfr.* Patanè, Vania, "Note a margine della Raccomandazione N. R. (99) 19 nella prospettiva della «mediazione» nella giustizia penale italiana", *Annali della Facoltà di Economia dell'Università di Catania*, XLV, 1999. Véanse, también, Scardaccione, Gilda *et al.*, *La mediazione penale*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 43; Hernández Galilea, Jesús Miguel *et al.*, *El sistema español de justicia juvenil*, *cit.*, nota 31, p. 399.

de culpabilidad (*Participation in mediation should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings*). Para que esto sea posible, se exige en el mediador alto grado de confidencialidad, imparcialidad y neutralidad.

- e) Las partes tienen derecho a ser asistidas por un abogado.
- f) La víctima tiene los siguientes derechos: ser informada del proceso; tomar conocimiento de todo lo que le concierne dentro de él; obtener asistencia adecuada durante todo el procedimiento; tener la posibilidad de minimizar cualquier inconveniente y maximizar su protección; evitar retardos inútiles; sensibilizar a aquellos que se ocupan de las necesidades de la víctima.

En definitiva, este importante documento:

- Recomienda que los Estados miembros tiendan a recurrir cada vez más a la mediación penal como una opción flexible, basada en la resolución del problema y en la implicación de las partes, como complemento o como alternativa al proceso judicial.
- Reconoce la necesidad de posibilitar en el procedimiento penal una participación personal activa de la víctima, del delincuente, y de todos aquellos implicados como parte, así como la implicación de la comunidad.
- Declara el interés legítimo de las víctimas a poder expresar las consecuencias de su victimización, comunicarse con el delincuente, y obtener de éste una disculpa y una reparación.
- Afirma la importancia de reforzar en los delincuentes el sentido de la responsabilidad y darles la oportunidad de reivindicarse.
- Reserva a la autoridad judicial la decisión y la valoración de si conviene o no el proceso de mediación por lo que, en definitiva, excluye implícitamente una radical alternativa excluyente entre proceso judicial penal y mediación.⁵¹
- Reafirma la importancia de la claridad, necesaria para que sea posible dialogar.

4) La decisión del Consejo del 15 de marzo de 2001, denominada “Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal”, dispone en el artículo 10:

⁵¹ Patanè, Vania, *op. cit.*, nota anterior, p. 829.

"Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida". Sin embargo, se pospone hasta el 22 de marzo de 2006 la obligación de adoptar las reformas legales y administrativas necesarias a tal fin. Algunos autores sostienen que este diferimiento temporal supone una posición político-criminal más bien tibia, que puede tener efectos de alguna significación en procedimientos relativos a infractores adultos; en el juvenil, en cambio, no tendrá efectos negativos porque medidas ya existen en la mayoría de las leyes de los países europeos.⁵² De cualquier modo, hay que resaltar que la decisión pone el acento en la igualdad de todos los ciudadanos, al ofrecer a las víctimas iguales derechos, independientemente del lugar en que se encuentren; en tal sentido dispone que "cada Estado debe prever en el sistema judicial un rol efectivo y apropiado a las víctimas".

4. Reglas que subyacen en todos estos documentos

Del conjunto de los documentos internacionales mencionados surgen las siguientes reglas:⁵³

- Subsidiariedad de la acción de la justicia penal: es necesario adelantarse a tomar medidas positivas a fin de reducir la necesidad de intervención de la ley.
- Especialización y profesionalización de la justicia penal juvenil y de las personas que la integran.
- Proporcionalidad de la intervención penal. El sistema de justicia penal juvenil exige que la reacción frente a los delincuentes sea proporcionada a las circunstancias del delito pero, especialmente, a las propias de los infractores.
- Tratamiento eficaz, equitativo y humano de los jóvenes en conflicto con la ley.
- La noción de privación de libertad debe ser interpretada en forma amplia. Es privación de libertad toda forma de detención, de en-

⁵² Tumarit Sumalla, Joseph, "La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor", en González Cussac *et al.* (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, cit., nota 6, p. 52.

⁵³ Lazerges, Christine, "Quel droit penal des mineurs pour l'Europe de demain?", *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Paris, Litec, 1992, p. 436.

carcelamiento y de puesta de un menor en un establecimiento público o privado del que no está autorizado a salir por su sola voluntad sino sólo con orden de una autoridad judicial, administrativa o de cualquier otra naturaleza. La privación de la libertad es siempre una medida excepcional. La hipótesis de ubicación con fines educativos no hace excepción a lo expuesto.

VII. INTERESES QUE LA JUSTICIA RESTAURATIVA INTENTA AMPARAR. PROPÓSITOS O FINES GENERALES

Resulta difícil sintetizar las muy diversas opiniones existentes sobre los intereses amparados y fines perseguidos por la justicia restaurativa. Es necesario aclarar que los fines que paso a enunciar no se excluyen unos con otros; además, que la justicia restaurativa no fracasa por el hecho de que en un supuesto se haya cumplido uno y no otro.

- a) En general, los autores coinciden en que la justicia restaurativa intenta proteger tanto el interés de la *victima* (el ofensor debe reconocer el daño producido e intentar repararlo) cuanto el de la *comunidad* (dirigido a lograr la rehabilitación del ofensor, a prevenir la reincidencia y a reducir los costos de la justicia penal)⁵⁴ y el del *imputado* (no entrará en el circuito penal, pero le serán respetadas las garantías constitucionales).
- b) Los intereses antes mencionados están correlacionados, pero la justicia restaurativa está orientada, de alguna manera, prioritariamente, a la satisfacción de las necesidades de la víctima, quien, a través del ilícito, ya vivió la experiencia de la “victimización”.⁵⁵ La pregunta

⁵⁴ Miers D. *et al.*, *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, cit., nota 8, p. 9.

⁵⁵ Ceretti, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 310. Recientemente, en protección de la víctima menor de edad y para evitar la victimización, la República Argentina ha sancionado la ley 25.852, publicada el 8 de enero de 2004, que modifica el Código Procesal Penal de la nación. Los textos actualmente vigentes dicen: “Artículo 250 bis. Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con

central no es: ¿quién debe ser sancionado?, ¿con qué pena?, sino ¿qué debe hacerse para reparar el daño?

El hecho de la que justicia debe atender a las necesidades de la comunidad no debe conducir a reducir la justicia a la idea de *pena* justa, *tratamiento individualizado*, o *control del crimen*. La justicia debe ser vista también como una vía o remedio para reparar las heridas, y cuando el imputado paga los daños producidos no como una pena (que debilita aún más sus lazos con el mundo adulto), sino a través de un verdadero acercamiento que ha tenido con la víctima, es mayor la posibilidad de preservar su propia dignidad.⁵⁶

- c) Los intereses de naturaleza económica, como integrantes de intereses comunitarios, no deben descartarse ni minusvalorarse. Muchos programas de los Estados Unidos nacieron para disminuir el número de expedientes de la justicia penal juvenil, y para bajar los costos, dado que se utilizan familias sustitutas y otros recursos comunitarios que no pesan sobre el presupuesto del Estado.⁵⁷

los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriba; d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado".

"Artículo 250 ter. Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal, previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis".

⁵⁶ Bazemore, Gordon, "A Vision for Community Juvenile Justice", *Rev. Juvenile and Family Court Journal*, vol. 49, núm. 4, 1998, p. 72.

⁵⁷ Sturges, J., "Westmoreland County Youth Commissions: a Diversionary Program Based on Balanced and Restorative Justice", *Rev. Juvenile and Family Court*, vol. 52, núm. 3, 2001, p. 1. La autora afirma que éstos fueron los dos fines principales perseguidos, hace 35 años, cuando en el condado de Westmoreland, estado de Pennsylvania, su Primera Comisión para Jóvenes creó estos programas alternativos a los procesos judiciales. Afirma, sin embargo, que los programas actuales no tienen similitud con los prime-

La disminución de los costos del Estado no es un fin malo en sí mismo si persigue la mejor distribución; frente a la escasez, incluso, existe la obligación moral de distribuir bien. La mala distribución es manifiesta en la mayoría de los países de América Latina. Así, por ejemplo, en Nicaragua una investigación arrojó un dato muy curioso: el costo por niña-niño o adolescente privado de la libertad era de doscientos dólares por mes, siendo que el ingreso familiar de cada uno de ellos no llegaba a cincuenta dólares; o sea, el Estado y la sociedad invertían en el internamiento o encierro de personas casi cinco veces los ingresos de toda la familia, que, por otra parte, apenas les alcanzaba para comer.⁵⁸

Ante el crecimiento de las cifras de criminalidad, en Alemania se reconoce que una importante función de la *diversion* es reducir el número de casos a resolver por los tribunales; dicho en otras palabras, la desjudicialización constituye un medio para mantener constante la carga de trabajo de la administración de justicia.⁵⁹ En suma, aunque aliviar la carga de la justicia no sea el único fin perseguido, no puede descartárselo como uno de los buscados,⁶⁰ especialmente si se tiene en consideración que este método puede llevar a que la justicia se ocupe principalmente de aquellos casos severamente graves, donde fracasan los otros remedios. Piénsese que este resultado es el que busca el principio de intervención mínima, como he dicho, plenamente aplicable a la justicia penal juvenil.

- d) También se persigue disminuir la población carcelaria.⁶¹ Este fin fue expuesto por Schafer en 1970, y aunque sus ideas fueron criti-

ros. La mayoría de estos programas son educativos y se centran, casi especialmente, en el ofensor. Señala la importancia de la participación de la comunidad, sin la cual ninguno de estos programas es posible.

⁵⁸ Cuaresma Terán, Sergio, "La justicia penal de adolescente en Nicaragua", *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 5, 2000, p. 27.

⁵⁹ "Reacciones en los campos de la administración de justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea", *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, cit., nota 31, p. 153.

⁶⁰ Queralt, Joan, "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación", *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 149.

⁶¹ Para una crítica a esta visión, véase Pavarini, Massimo, "Descarcerización y mediación en el sistema penal de menores", *Nueva doctrina penal*, 1998/A, p. 111.

cadass, siguen ejerciendo influencias dentro del movimiento que impulsa la justicia restaurativa.⁶² En efecto, las cárceles sólo hacen crecer las tasas de criminalidad; son "universidades donde se enseñan nuevas técnicas para delinquir"; sirven para aislar al delincuente e impedirle, más o menos, por un tiempo, no realizar actos ilícitos mientras está en la prisión, pero nada más; no hace falta compartir la tesis del "abolicionismo" para verificar la ineficacia de la pena privativa de la libertad; es inevitable, pues, que al analizar el tema de la justicia restaurativa y sus programas, se mencione el rotundo fracaso del sistema carcelario.⁶³

⁶² Una crítica a la tesis de Schafer se encuentra en Weitekamp, Elmar, "Research on Victim-Offender Mediation. Findings and Needs for the Futures", *op. cit.*, nota 12, p. 110. Por su parte, en opinión de Pavarini, las tasas de carcerización no tienen relación ni con la evolución de la criminalidad (ya sea aparente o real) ni con el marco normativo de referencia (mayor o menor número de supuestos legales de *diversion*, de penas sustitutivas y de modalidades alternativas a la pena privativa de libertad). Por el contrario, parecen responder directa e indirectamente a cómo se construye socialmente el reclamo de penalización. Pavarini, Massimo, *op. cit.*, nota anterior, p. 120.

Es interesante señalar que un autor defensor de la justicia restaurativa señala, entre los argumentos en contra del encierro como pena, que las cárceles aparecieron recién en el siglo XVI y que la prisión se convirtió en la principal forma de punición recién en el siglo XVIII (Beristain, Antonio, "La médiation pénale: entre répression, réparation et création", *La médiation pénale, cit.*, nota 27, p. 146). Para el análisis histórico de las cárceles, véase Burillo Albacete, Fernando, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Madrid, Edersa, 1999; Buján, Javier A. y Ferrando, Víctor H., *La cárcel argentina. Una perspectiva crítica*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, pp. 25 y ss.; Neuman, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Buenos Aires, Pannedille, 1971. Dice Neuman: "La antigüedad desconoció a la privación de la libertad, estrictamente considerada, como sanción penal; si bien desde tiempos inmemoriales existió el encierro, no lo es menos que sirvió, hasta las postrimerías del siglo XVIII, a los fines de contención y guardia de la persona física del reo. Se lo utiliza como una verdadera antecámara de suplicios donde depositar al acusado a la espera de juzgamiento. Así fue conocido en los diferentes países de Oriente y Medio Oriente: China, Babilonia, Persia, Egipto, Arabia, India, Japón e Israel. Resulta curioso comprobar que en las civilizaciones precolombinas también la cárcel fue lugar de guardia y tormento. Ni los propios romanos, que al decir de Carrara fueron «gigantes en el derecho civil y pigmeos en el derecho penal», cocibieron el encierro más que como aseguramiento preventivo" (p. 20).

⁶³ Véase, en este sentido, Highton, E. *et al.*, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal, cit.*, nota 4, p. 20. Amplias referencias estadísticas sobre la evolución de la pena privativa de libertad en Europa entre 1988 y 1993 se encuentran en Jiménez-Salinas y Colomer, Esther, "La mediación penal en pret comparat", *La mediación penal*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1999, pp. 90-93. La bibliografía sobre las penas sustitutivas de la prisión es también muy extensa. Véase, entre otros, Serrano Pascual, Mariano, *Las for-*

Por lo demás, la situación de los jóvenes y niños privados de la libertad ha sido y es gravemente lesiva de sus mínimos derechos, a punto tal que las Naciones Unidas dictaron las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. El preámbulo de estas Reglas describe la situación sin tapujos:

Alarmado por las condiciones y circunstancias en que los menores están siendo privados de su libertad en todo el mundo;

Consciente de que cuando los menores se encuentran privados de libertad son sumamente vulnerables a los malos tratos, a la victimización, y a la violación de sus derechos;

Preocupado por el hecho de que muchos sistemas no establecen una diferenciación entre adultos y menores en las distintas fases de la administración de justicia y, en consecuencia, los menores están detenidos en prisiones y centros junto con los adultos.

- e) Muchos autores que propician la justicia restaurativa afirman que los programas disminuyen la tasa de reincidencia; que hasta ahora hay menos reincidencia entre los menores sometidos a la justicia restaurativa que a la justicia común. Así lo admitió un artículo aparecido en el diario *The Times*, que reconoce el origen de esta práctica en las costumbres de los pueblos maorí en Australia y Nueva Zelanda.⁶⁴

Normalmente, para medir estos resultados, los estudios toman la tasa de reincidencia en los dos años posteriores a la condena; otros usan un año.⁶⁵ Sin embargo, evaluar las estadísticas en esta materia es muy difícil, por lo que debe tenerse mucha precaución con los datos que se manejan. Verificar el índice de reincidencia y de nue-

mas substitutivas de la prisión en el derecho penal español, Madrid, Trivium, 1999; Cid, J. y Larrauri, E. (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997.

⁶⁴ Citado por Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, cit., nota 11, p. 21.

⁶⁵ Maxwell, G. y Morris, A., "Family Group Conferences and Reoffending", en Morris-Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, cit., nota 1, pp. 243 y ss. No obstante estas dificultades, existen importantes estudios empíricos sobre la cuestión. Véase Miers D. *et al.*, *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, cit., nota 8, pp. 42-60.

vas condenas es una manera de medir el éxito de las políticas criminológicas. La nueva condena es sólo una parte, porque hay gente que reincide pero no es detectada; otros han sido detectados pero no han sido condenados. Por otro lado, si la policía focaliza su actividad en determinados individuos, determinados crímenes o determinadas localidades, algunas personas tienen más chances de ser condenadas como reincidentes que otras.

- f) Para algunos, la justicia restaurativa también persigue reinserción del infractor dentro de la sociedad. Moberly⁶⁶ sostiene que la justicia retributiva tradicional se ha preocupado poco o nada por reintegrar a quien cumplió la pena a la sociedad. No obstante, recuerda que últimamente en Canadá y Gran Bretaña se han creado los llamados "círculos de soporte y responsabilidad", que apoyan incluso a los condenados por delitos sexuales (incluida la pedofilia, tan difícil de aceptar por la comunidad); estos círculos sirven de apoyo a quien cumplió la pena, pero fundamentalmente de control de su conducta, de modo tal que la sociedad se siente más tranquila, porque lo sabe custodiado por el círculo; el vecindario vive tranquilo, aunque el ex convicto haya vuelto, pero esto no significa que él está ciertamente reinsertado.
- g) La justicia restaurativa no tiene por fin el abolicionismo; no cree que algún día las penas serán suprimidas; sin embargo, persigue que sean disminuidas. De cualquier modo, la influencia de las ideas abolicionistas son claras en la justicia restaurativa, filosóficamente basada en la crisis de la concepción retributiva de la pena, y en la convicción de que las penas tradicionales tampoco evitan conductas futuras similares, sea del infractor o de cualquier otro miembro de la comunidad (teorías utilitaristas).⁶⁷ Dicho de otro modo, no aban-

⁶⁶ Citado por Johnstone, Gerry, *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates*, cit., nota 11, p. 103.

⁶⁷ Scardaccione, Gilda et al., *La mediazione penale*, cit., nota 50, p. 7. Sobre abolicionismo en general, véase, especialmente, *Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1980 (trad. de Ciafardini y Bondanza, Buenos Aires, Ediar, 1987); Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984; Christie, Nils, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Torino, Gruppo Abele, 1985; varios autores, *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989 (en este libro, véanse los trabajos de Scheerer, Sebastián, "Hacia el abolicionismo"; Steinert, H., "Más allá del delito y de la pena"; Folter, Rolf S., "Sobre la fundamentación metodo-

dona completamente el ideal rehabilitativo, pero se funda en la crisis de la eficacia de la pena, tal como está instrumentada en el derecho penal actual. De algún modo, el abolicionismo constituye un paso más allá, pues sueña con una sociedad no sólo sin prisiones sino también sin derecho penal; la larga lista de deficiencias y nocividades del sistema penal conduce a los defensores del abolicionismo a negar cualquier efecto positivo de la intervención punitiva, tanto respecto de las víctimas como de los infractores y de la sociedad.⁶⁸

VIII. UN FIN ESENCIAL. LA REPARACIÓN

1. *La solución tradicional*

Prácticamente todos los códigos civiles contienen normas según las cuales los padres responden por los hechos de los hijos menores (en la Argentina, véase el artículo 1114 del Código Civil). De modo similar al tradicional, pero con límites, el legislador canadiense de Ontario ha introducido una responsabilidad civil de los padres por daños en caso de vandalismo, daño a las cosas, etcétera, de hasta 6,000 dólares canadien-

lógica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal"; Hulsman, Louk, "La criminología crítica y el concepto de delito"; Mathiesen, T., "La política del abolicionismo"; Christie, Nils, "Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno"; Mathiesen, T., "Comentario sobre el poder y abolicionismo"). También puede verse Sarrulle, Óscar E., *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Universidad, 1998; Sánchez Romero, Cecilia y Houed Vega, Mario, *La abolición del sistema penal*, San José de Costa Rica, Editec, 1992; Riquert, Marcelo A., *Una mirada crítica sobre los sistemas penales: derecho penal mínimo y abolicionismo penal*, ED 169-1139; Tieghi, Osvaldo N., *El abolicionismo, el abolicionismo radical y el abolicionismo institucional*, JA 1995-IV-882. Para las relaciones entre abolicionismo y mediación, véase Highton, E. et al., *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, cit., nota 4, p. 35. Para las relaciones entre abolicionismo y víctima, Laborde, Daniel M., *Víctima, proceso y abolicionismo penal*, LL 1996-A-1182; Roig Torres, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 445. Se ha dicho que el abolicionismo no es siempre directo y abierto sino que surge, incluso inconscientemente, de modo soterrado o indirecto. Tal sucede con la irrupción en el derecho penal de ciertos planteamientos respetuosos para con la víctima (Queralt, Joan, "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación", op. cit., nota 60, p. 148).

⁶⁸ Pérez Sanzberro, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura a una nueva vía?*, Granada, Comares, 1999, p. 13.

ses, de la que los padres sólo quedan exentos si logran demostrar que han cumplido adecuadamente sus obligaciones de vigilancia y educativas. También el decreto legislativo 899 del Perú, de mayo de 1998, que regula "el pandillaje pernicioso", establece que los padres, tutores, apoderados o quienes detentan la custodia de los adolescentes que sean pasibles de las medidas a que se refiere la norma, serán responsables solidarios por los daños y perjuicios ocasionados.

Esta respuesta beneficia a la víctima, a quien la ley intenta encontrar un responsable solvente, pero el resultado no siempre se produce, pues muchas veces el delincuente juvenil emana de sectores socialmente perjudicados, por lo que la norma, en definitiva, afecta a padres de solvencia muy limitada. Por otro parte, la responsabilidad de los padres puede someter la convivencia familiar a tensiones aún mayores a las que existían antes de la infracción. La salida puede venir por el lado de la justicia restaurativa, que intenta responsabilizar al propio menor.⁶⁹

2. Una idea preliminar básica

La primera cuestión es alertar sobre el uso de las palabras. En la teoría de la justicia restaurativa, reparar no significa, como en la teoría general del derecho de daños, *compensar económicamente el daño causado*; la reparación tiene un valor mucho más profundo; sobre todo, tiene un "espesor ético que la hace más compleja que el mero resarcimiento";⁷⁰ por eso, sobrepasa la idea de reparación material entre dañador y dañado; idealmente, comprende la restauración de los lazos sociales entre la víctima y el dañador, entre la víctima y la comunidad, y entre el dañador y la comunidad. En otros términos, la reparación del dañador a la víctima es el punto de partida de una transformación más profunda de las relaciones sociales en juego. Esta perspectiva reconoce la confluencia de varios principios desde que la reparación intenta, al mismo tiempo, recuperar el papel de la víctima en el proceso, consolidar la función pacificadora del derecho penal, y resocializar al delincuente.⁷¹

⁶⁹ Dünkel, "Reacciones en los campos de la administración de justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea", *La responsabilidad penal de los menores...*, cit., nota 31, p. 134.

⁷⁰ Ceretti, A. et al., *op. cit.*, nota 14, p. 310.

⁷¹ Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 220; Lewis, María M., "Principios de legalidad y oportunidad en la mediación penal", en Fellini Zulita (dir.), *Mediación penal*.

Se trata de un concepto amplio de reparación que atiende no sólo al resultado sino a todo el proceso. Comprende la reparación *material* (devolver lo robado, volver las cosas al estado anterior a la destrucción de la cosa, etcétera), pero también curar la aflicción producida a la víctima: muchas veces, para ella la conciencia de la responsabilidad seguida de una demostración de arrepentimiento sincero de parte del autor es de capital importancia; la simple participación en una reunión restaurativa le da la ocasión de comunicarse directamente con el autor; a veces, respuestas a ciertas preguntas pueden traer tranquilidad (por ejemplo, ¿es que yo fui señalada, elegida específicamente para este hecho?). Investigaciones practicadas en muchos países muestran que normalmente las víctimas son menos punitivas hacia los delincuentes juveniles de lo que podría pensarse. Una reunión, bien organizada, debería llevar a determinar las causas de la delincuencia y a identificar los medios existentes en la comunidad útiles para la rehabilitación o el tratamiento del autor. En el mejor de los casos, debería restaurar la relación del autor con su familia (normalmente alienada por su delincuencia), la víctima (que se convierte en una persona conocida, digna de respeto, en lugar de ser una fuente desconocida de los beneficios del crimen) y la comunidad (que expresa su disconformidad con los problemas generados por el delito). Sin embargo, no hay que caer en un idealismo que no responde a la realidad. Una entrevista entre la víctima y un autor manipulador puede ser desastrosa para las víctimas.⁷²

Suzanne Retzinger y Thomas Scheff⁷³ van más allá, y distinguen dos tipos de reparación: a) material, y b) simbólica.

Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 123; en esta misma obra, Oberlander, Cinthia R., "Flexibilización del principio de legalidad" (p. 135), y Moyano, Fabio A., "Evolución histórica del modelo conciliatorio" (p. 107). Uso la expresión "*principio de oportunidad*" sin desconocer la dificultad en dar una definición clara y taxativa de lo que debe entenderse por principio de oportunidad, no existiendo tampoco uniformidad en la doctrina, a punto tal que un autor ha señalado que este principio se está convirtiendo en un cajón de sastre en el que cabe cualquier instrumento penal o procesal aunque nada tenga que ver con el ejercicio de dicha oportunidad (De la Oliva Santos, citado por Serrano Pascual, Mariano, *Las formas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español*, Madrid, Trivium, 1999, p. 191).

⁷² Bruce, Archibald, *op. cit.*, nota 5.

⁷³ Citados por Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, cit., nota 11, p. 117.

La reparación *material* supone un acuerdo, al que llegan ambas partes (una oferta y aceptación de una suma determinada o de prestación de servicios específicos). La reparación *simbólica* es un proceso menos visible, y consiste en la secuencia central, el corazón de la medida (*core sequence*): el ofensor expresa una vergüenza genuina por lo hecho y remordimiento por sus acciones. En respuesta, la víctima da, como mínimo, un primer paso hacia el perdón. Los autores, claramente, dan más importancia a la reparación simbólica que a la material. Sin la simbólica es muy difícil llegar a la material. Sin embargo, reconocen que es difícil alcanzar una reparación simbólica auténtica y depende, muchísimo, de la dinámica de la reunión.

3. *Finalidad educativa de la reparación*

Los objetivos de la reparación son educativos y se inscriben en un proceso de responsabilización del joven infractor.

El joven infractor debe tomar conciencia de la existencia de una ley penal, de su contenido y de las consecuencias de su violación para él, para la víctima y para la sociedad toda. Tomar conciencia de lo prohibido es la primera etapa necesaria para la responsabilización del joven. El adolescente, como el niño, tiene necesidad de normas para estructurarse; busca que se le pongan los límites necesarios para su maduración, y la reparación se presenta como una de las respuestas posibles para el delito cometido. La mayor parte de los jóvenes infractores, en el momento del acto, no tienen conciencia del perjuicio que causan. El discurso educativo tendente a negar el delito y a considerar al menor como una víctima ha contribuido fuertemente a ese resultado. Mantener al joven en este estado de irresponsabilidad favorece a la reincidencia y priva al adolescente delincuente de la posibilidad de vivir su angustia, elaborarla y liberarse. La reparación debe facilitar esta toma de conciencia del acto cometido y de los perjuicios causados.

Por eso, al fijar el modo de reparar, es importante conocer aquello que puede motivarlo, atraerlo, interesarlo, o que simplemente puede estar dispuesto a descubrir. Dice Alain Cruel, presidente del Tribunal de Menores de París: una actividad en beneficio de la comunidad debería tener una relación evidente en su esencia con la infracción cometida, o inscri-

birse en acciones con un alto contenido de solidaridad (protección de los más débiles, del medio ambiente, del tercer mundo) que puedan movilizar la generosidad latente de los jóvenes y a las que éstos pueden adherirse plenamente. Siempre que ello sea posible, y siguiendo esta reflexión, es importante que la actividad en la que se implique tenga relación con los hechos delictivos en los que ha asumido responsabilidad. Esto fomentará en el joven la toma de conciencia de las consecuencias de sus actos, a la vez que potenciará en él actitudes responsables.⁷⁴ Atribuyendo un contenido valorizante a la prestación, la reparación hace pasar al joven de la deuda a la entrega, ayudándolo así a reconstruir su propia imagen.

Insistiendo en este aspecto, Milburn sostiene que la reparación no consiste, esencialmente, en que el joven contribuya a volver las cosas al estado en que se encontraban antes de ocasionar el daño, sino a que vuelva a encontrar la paz con el ambiente social y que se restaure el lazo roto con la sociedad y sus normas. No se trata de borrar el acto trasgresor sino de reconocerlo. Por eso, la reparación no es una mediación penal, vuelta hacia el daño causado a la víctima, ni un trabajo de interés general ni una amonestación legal, aunque pueda tomar un aspecto de todos ellos. Se traduce, en su contenido educativo, en una serie de medios, con un educador, y en una actividad que puede ser realizada en favor de la víctima, si la situación se presta, a través de un servicio educativo. La noción de actividad es esencial y no consiste en un trabajo que tenga un mero o simple valor disuasivo sino en una actividad que procure educar al joven.⁷⁵

Fuertemente restauradora de los lazos sociales lesionados por el acto agresivo, la reparación inicia el camino del delincuente que lo conduce de la violencia hacia los demás, o hacia sí mismo, al amor al otro, o a sí mismo. Las medidas restaurativas, al igual que las educativas, son siempre revisables y de una gran variedad y riqueza evidente. Consecuentemente, si se muestran insuficientes para detener el comportamiento del menor cuya personalidad criminopática aparece estructurada, o en curso de consolida-

⁷⁴ Hernández Galilea, Jesús Miguel *et al.*, *El sistema español de justicia juvenil*, cit., nota 31, p. 410.

⁷⁵ Milburn, Philip, *La réparation pénale à l'égard des mineurs*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, núm. 1, 2002, pp. 9-10 (el autor no es jurista sino un investigador en sociología en la Universidad de Metz, Francia. Por eso, en esta obra se encuentra muchos datos estadísticos relativos al uso de las medidas en Francia).

ción, o si las circunstancias lo exigen, las respuestas estrictamente penales pueden y deben intervenir.⁷⁶

4. *A quién beneficia la reparación material*

En la medida de lo posible, la reparación debe beneficiar a la víctima. Desde el punto de vista teórico, esta solución se presenta como la más adecuada; pero las cosas no siempre son sencillas, y la respuesta depende de varios factores, tales como el interés de la víctima, la naturaleza de la infracción (robo, violencia, etcétera), la disponibilidad de la víctima a la reparación, el riesgo de comportamiento excesivo de parte de la víctima o de sus representantes, etcétera.

Algunos autores distinguen entre víctima persona física y otras víctimas. Las personas físicas normalmente están preocupadas por la reparación del perjuicio sufrido y muchas son reticentes a tratar directamente con el autor; tienen muchas razones para no querer implicarse en el proceso: miedo a la represalia, necesidad psicológica del olvido de lo que han vivido, indiferencia, falta de disponibilidad de tiempo, o de facilidades, etcétera. Las cosas pueden ser diferentes cuando la dañada es una persona jurídica (privada o pública). Cuando es una persona jurídica privada, la reparación directa depende de la naturaleza de la infracción. No siempre es fácil "reparar" un hurto, y una actividad educativa y pedagógica se muestra netamente como más apropiada. Por eso, la solución restaurativa puede ser fácilmente justificable siempre que los representantes de la víctima (comerciantes, empleados, habitantes) reconozcan el valor educativo de la actividad y no la consideren como una punición cuya ejecución se perdona a la víctima. Otro tanto ocurre cuando es una persona jurídica pública. El hecho de que la reparación sea en favor del municipio dañado facilita el establecimiento de lazos educativos entre el perjuicio y la actividad.

Desde otra perspectiva, se afirma que la reparación también opera en favor del trasgresor, porque se da cuenta del verdadero daño causado y le ayuda en el proceso de reinserción social; disminuye la indignación hacia él de la víctima y del público; puede, incluso, llegarse a ganar el res-

⁷⁶ Cario, Robert, "Entre virtualité de l'éducatif et réalité du répressif. Les spécificités de la prise en charge judiciaire des jeunes délinquants", en Nérac Croisier, Roselyne (dir.), *Le mineur et le droit pénal*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 187 y 191.

peto; en suma, reparar puede convertirse en una especie de proceso de redención que le impida equivocarse nuevamente.

5. *Diferencia entre algunas medidas rehabilitativas de jóvenes delincuentes y los programas de la justicia restaurativa*

Objetivamente, muchas medidas tomadas por un juez tradicional pueden no diferir de las que se toman a través de programas de justicia restaurativa. Por ejemplo, trabajar en un programa que evite la reincidencia es un instrumento muchas veces aceptado por las víctimas, desde que se contentan con el hecho de que el joven no vuelva a cometer el mismo ilícito ni con ellas ni con otras personas. Esta alternativa es muy parecida a la rehabilitación, que está en otros sistemas, por lo que no se necesitaría hablar de justicia restaurativa; la diferencia está en que en la justicia restaurativa la reparación incluye la idea de que el ofensor se siente *realmente responsable* y muestra un *arrepentimiento activo*.

De allí que algunos autores italianos⁷⁷ mencionen como primer objetivo de la justicia restaurativa el reconocimiento del infractor a la víctima de su propia responsabilidad; a través de ese reconocimiento, la parte dañada debe poder sentir que gana nuevamente el control sobre su propia vida y sobre sus propias emociones, superando gradualmente los sentimientos de venganza, rencor y desconfianza hacia la autoridad que debió tutelarla. Consecuentemente, cuando se habla de la reparación de la ofensa, se lo hace desde su dimensión global: además del componente estrictamente económico del daño, debe ser valorada la dimensión emocional de la ofensa que puede ser causa de inseguridad colectiva y que puede inducir al ciudadano a modificar sus hábitos de conducta. Todo esto sin perder de vista el principio de proporcionalidad y sin caer en forma de retribución disfrazada, desde que el comportamiento requerido al autor no está impuesto en función aflictiva sino reconciliativa, reparativa.

Pero lo que distingue realmente ambas medidas es el *consentimiento* del joven infractor al programa restaurativo; ese consentimiento es el que permite “transformar al delincuente de sujeto pasivo en sujeto activo de su sanción”. El imputado no *sufre* la sanción sino que la consiente. Pero a su vez, la reparación del menor no resultará de su sola adhesión, sino que requiere de la voluntad de otro.

⁷⁷ Ceretti, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 311.

6. Actividades posibles

Las actividades a desarrollar por el joven infractor pueden ser muy variadas: limpieza en los centros de socorro de bomberos; cuidado de espacios verdes públicos; cuidado de bosques; instalación de decoraciones para navidad para el municipio; trabajo en correos; ayuda en cocinas populares; acompañamiento de personas ancianas o discapacitados; preparación de niños en competencias deportivas; organización de bibliotecas; limpieza en un cine; acompañamiento de perros; trabajos en casa de la víctima; acompañamiento a grupos de toxicómanos y prevención de la droga, etcétera.

Milburg dedica el capítulo sexto de su libro a contar el caso de un chico que asiduamente arruinaba los muros públicos y privados con pinturas de todo tipo; durante quince días, acompañado por un empleado del municipio que lo controlaba, puso y renovó carteles indicadores en las rutas, pintó las pistas de atletismo de un campo comunal, hizo trabajo de manutención en almacenes, como recibir y embalar mercaderías, limpió el frente del supermercado que había dañado, etcétera.⁷⁸ Relata luego lo que cada interviniente sintió al cumplirse la medida: la educadora, el dueño del supermercado, el jefe de la oficina municipal, el joven, los padres, etcétera. Llega a la conclusión de que el acuerdo celebrado con el municipio fue altamente educador para el joven, quien de este modo sanó los vínculos afectados por la infracción cometida.

De cualquier modo, se debe ser muy cauteloso; algunas son tan simbólicas que no son aceptadas como serias; otras son denigratorias (por ejemplo la propuesta de que el autor use una camiseta que diga "Soy un ladrón" jamás podría ser admitida, porque no reeduca ni reintegra)⁷⁹ y, consecuentemente, deben ser rechazadas de plano.

IX. IDEA FILOSÓFICA QUE SE ENCUENTRA A LA BASE DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

En el nuevo milenio, la mayoría de las democracias occidentales parecen haber superado la opción "liberalismo clásico o asistencialismo diri-

⁷⁸ Milburn, Philip, *op. cit.*, nota 75, p. 138.

⁷⁹ Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates, cit.*, nota 11, p. 58.

gista del Estado providencia”; ambos sistemas se presentan igualmente perimidos e inadecuados para las necesidades sociales *posmodernas*. Se privatiza (siguiendo las ideas liberales), pero se advierte la necesidad de un control descentralizado y participativo generándose lo que ha dado en llamarse un *derecho reflexivo*. Habermas enseña que la crisis de motivación y de legitimidad debe ser resuelta a través de la reconstrucción del consenso. Su discurso ético se caracteriza por la necesidad de instalar *procedimientos* que aseguren que ese consenso puede ser alcanzado sin fuerza, manipulación o engaño; sólo así el resultado de estas deliberaciones tiene validez y legitimación para la comunidad.

Conforme lo dicho, no es difícil entender por qué el movimiento que apoya la justicia restaurativa se conecta al de la “democracia participativa”, desde que presenta características de este “derecho reflexivo” y, consecuentemente, encuentra sus bases profundas en el filósofo mencionado.⁸⁰

X. CONCLUSIONES PROVISORIAS

El punto de partida de estas reflexiones fue: el sistema formal de la justicia penal de menores no sirve; nadie gana, todos pierden. Pierde el ofensor porque ingresa a un sistema estigmatizador que no lo reconcilia consigo mismo, lo aleja de sus afectos, y continúa siendo un excluido de la sociedad. Pierde la víctima porque, siendo la dañada directa, clama como Quijote contra molinos de viento y profundiza su condición de víctima. Pierde el Estado porque frente a recursos escasos, gasta ingentes sumas de dinero en un sistema deficiente. Pierde la sociedad, porque contamina su cuerpo con sentimientos de injusticia, infelicidad e inseguridad.

El objetivo básico se redujo a la frase atribuida al presidente Franklin D. Roosevelt: “*algo hay que hacer*”, a la que he agregado el calificativo

⁸⁰ Bruce, Archibald, *op. cit.*, nota 5; Mackay, Robert, “Ethics and Good Practice in Restorative Justice”, *Victim-Offender Mediation in Europe*, *cit.*, nota 12, p. 50. Entre las obras de Habermas que sirven de base a la filosofía que inspira la justicia restaurativa pueden compulsarse: Habermas, Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. de R. Rochlitz, París, Gallimard, 1997, especialmente capítulos VII y VIII. La edición en español se publicó bajo el título *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998. Igualmente, “¿Qué significa política deliberativa?”, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 231 y ss.

"distinto". O sea, "*algo distinto hay que hacer*", porque parece que lo que hasta ahora hacemos sirve de poco, y si seguimos haciendo lo mismo no tenemos posibilidad de un resultado diferente

En mi opinión, los programas de justicia restaurativa se mueven sobre dos instrumentos esenciales, que son: la desjudicialización y la participación de la víctima en el proceso.

La línea divisoria que separa los programas de la justicia restaurativa de otras prácticas tanto en uno como en otro instrumento puede ser tan débil, que siento la necesidad de comenzar por formulaciones negativas, o sea, diciendo qué no debe ser, a mi juicio, la llamada justicia restaurativa. Luego diré por qué el ordenamiento no debe poner barreras a los instrumentos utilizados por la justicia restaurativa, y concluiré diciendo qué se podría hacer y con quién.

1. *Justicia restaurativa no significa "privatizar" el sistema de justicia*

Se ha dicho: "volver a la justicia privada supondría un luctuoso retroceso en nuestra evolución jurídica. Pensar que el delito puede resolverse mediante un acuerdo entre ofensor y víctima supone olvidar las tropelias de la justicia primitiva".⁸¹ En el mismo sentido, se afirma que "la mediación de la víctima con el ofensor significa la privatización y la sumisión del sistema penal de justicia en uno de reparación económica, dejando en manos privadas lo que es, o al menos fue siempre, en las sociedades democráticas, el derecho exclusivo del Estado de salvaguardar la igualdad de trato de los autores y la protección de la comunidad"; "la privatización de la justicia llevará a la privatización de las cárceles, como ya ha sucedido en algunos países"; "implica la colonización cultural de Europa por los Estados Unidos: primero vinieron la Coca-Cola, después las hamburguesas y ahora la mediación víctima-ofensor".⁸²

⁸¹ Roig Torres, Margarita, *op. cit.*, nota 67, p. 458; en la p. 451 la autora concluye: "A nuestro entender, la mediación sólo puede admitirse dentro del sistema penal como medio para agilizar el cobro de la responsabilidad civil y sólo excepcionalmente cuando la conducta reparadora del autor pudiera hacer innecesaria la reacción punitiva de acuerdo con el principio de oportunidad, como procedimiento para alcanzar el acuerdo reparador. En ningún caso, sin embargo, ni siquiera tratándose de delitos menores, puede reemplazar al proceso punitivo como vía de resolución del delito".

⁸² Frases contrarias oídas en diversos encuentros, citadas por Weitekamp, E., "Mediation in Europe: Paradoxes, Problems and Promises", *op. cit.*, nota 49, p. 148.

Frente a estos llamados de alerta, la primera respuesta es que el Estado, y específicamente el Poder Judicial, no puede ni debe abdicar del rol de garante de las libertades y de los derechos constitucionalmente amparados.

Consecuentemente, cuando respondo sí a los programas restaurativos (y no sólo la mediación) no digo “privatizar la justicia”, ni afirmo “justicia sin Estado”. Por el contrario, digo justicia con Estado y con otros organismos comunitarios; justicia *con todos*, porque el tema de los delitos cometidos por personas menores de edad es un problema tan serio, obedece a tantas causas, presenta tanta variedad, que es absurdo pensar que la solución está en manos exclusivas de uno solo (el Estado, a través del aparato judicial,⁸³ o los grupos sociales).

El tema de los adolescentes en conflicto con la ley penal es complejo e involucra distintos sistemas. Uno de ellos es el sistema judicial y otro es el sistema social. Esos conflictos involucran a una cantidad de diversos actores: víctima y victimario en primer término, seguido por sus grupos familiares, pasando por la comunidad y culminando en la sociedad representada por el Estado. La mayoría de los casos que involucran a jóvenes en infracción con la ley penal traen consigo otro tipo de problemas conexos que coadyuvan y/o son causa-fuente de tal enfrentamiento con el sistema penal juvenil. Pobreza e indigencia como síntesis de un cúmulo de carencias básicas y sinónimo de exclusión social, como así también conflictos familiares, drogadicción, alcoholismo, por ser los más citados, no sólo forman parte de aquel problema sino que en muchas oportunidades, dicho conflicto es el corolario de una cadena ininterrumpida de déficit. Por todo esto, las políticas sociales, básicamente de tipo comunitarias, son necesarias para el desarrollo integral que propone una justicia restaurativa en sentido general, como así también para la efectividad y eficacia de los programas de reparación u otro tipo de acciones concomitantes que debe prever ese sistema.⁸⁴

⁸³ Foucault, en su libro *La angustia de juzgar*, dice: “Me temo que sería peligroso dejar que los jueces continúen juzgado solos, liberándolos de su angustia y evitándoles que se pregunten, ¿en nombre de qué juzgan?, ¿con qué derecho?, ¿a quién y por qué actos?, ¿quiénes son ellos para juzgar? Citado por Pegoraro, Juan, *La violencia, el orden social y el control social penal*, visible en <http://catedras.fsoc.uba.ar/pegoraro>.

⁸⁴ Herrera, Marisa, “Sentando las bases para un cambio necesario. Justicia restaurativa y políticas sociales” (Inédito). Trabajo final al curso de justicia restaurativa dictado en el posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Tengo el convencimiento de que la justicia "privatizada" es impensable, no sólo por razones de eficiencia (la República Argentina tiene pruebas múltiples para acreditar qué mal gestionan "los privados" los servicios públicos esenciales), sino porque el Estado no puede desentenderse de su futuro, y la gente en formación, entre los que están los niños y adolescentes que delinquen, integra el futuro de cualquier país.

Por lo demás, la crítica sobrevalúa la influencia estadounidense en el movimiento de la justicia restaurativa, que, como se ha visto, tiene gran desarrollo en Austria y Noruega, países que en general no sufren la influencia estadounidense. Del mismo modo que nuestras sociedades evolucionan hacia un pluralismo jurídico, también deben hacerlo hacia un pluralismo judicial, y más ampliamente hacia una pluralidad de formas de regulación social. Por eso, al lado de los modos jurisdiccionales, deben coexistir diferentes formas de resolución de conflictos.⁸⁵

2. Justicia restaurativa no significa sustituir el sistema estatal por uno de exclusivo control social, o tribunales populares

Justicia restaurativa no significa sustituir el sistema estatal de justicia por uno de control social exclusivo, tan peligrosamente cercano a los totalitarismos. A los riesgos genéricos de la "justicia popular", en nuestro país se suma una sociedad que si no es *naturalmente* discriminatoria es, al menos, fácilmente manipulable por los que manejan el mensaje estigmatizante del "nada funciona con los jóvenes delincuentes". Basta pensar en la absurda crítica dirigida al "garantismo procesal" desde algunos medios.

3. Justicia restaurativa no significa transferir facultades de los jueces a otros profesionales burocratizados

Se ha dicho:

Admito la relación interdisciplinaria enriquecedora, pero rechazo la superposición de roles de las distintas ciencias, dado que esto puede conducir peligrosamente a reemplazar tribunales por hospitales y jueces por equipos técnicos (médicos, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales), en cuyo intento subyace solapadamente la voluntad de algunos de desmante-

⁸⁵ Bonafé-Schmitt, Jean Pierre, *La médiation pénale en France et aux Etats-Unis*, Paris, LGDJ, 1998, p. 13.

lar la estructura administrativa y judicial para transferirla a bases populares de la comunidad. La historia ya ha demostrado el fracaso... como el inexorable retorno a tribunales y jueces de derecho, allí donde la utopía se había ensayado.⁸⁶

Coincido con estas palabras sólo si el autor ha querido decir que la mala solución que hoy tenemos no se mejora si, en lugar de los jueces, el poder se concentra en otros profesionales igualmente burocratizados que, para colmo, no tienen formación suficiente para saber garantizar derechos básicos como la libertad, la intimidad y la defensa en juicio.

Estoy convencida de que la justicia restaurativa no aportará ningún beneficio si los *facilitadores* se convierten en “los nuevos burócratas”. El Poder Judicial tiene pruebas más que suficientes para acreditar que cuando los profesionales de áreas no jurídicas (médicos, psicólogos, asistentes sociales, etcétera) trabajan dentro de su ámbito tienen mejores salarios pero peor rendimiento que cuando lo hacen en hospitales, centros de salud, centros educativos, etcétera.

4. Justicia restaurativa no significa trasladar facultades judiciales a organismos del Poder Ejecutivo

La realidad argentina muestra que los defectos del Poder Judicial se repiten, en algunos casos multiplicados varias veces, en los organismos que dependen del Poder Ejecutivo. Muchos esfuerzos judiciales se pierden a la hora de ejecutar las decisiones; el Poder Ejecutivo no organiza, u organiza mal, los instrumentos necesarios para que la sentencia tenga sentido positivo; no hay buenos centros de recuperación, las detenciones se cumplen en lugares donde el adolescente no aprende nada que le permita recuperarse socialmente, etcétera.

5. Justicia restaurativa no significa hacer de un procedimiento penal un procedimiento de naturaleza civil

Alguien dijo que “el paso de la ley penal hacia la ley civil hace más *civilizados* a la justicia y al país”.⁸⁷ La frase, retóricamente asombrosa,

⁸⁶ Cardoso, José C., “Los menores en conflicto con la ley penal”, *La Ley*, 2001-E, pp. 1079 y 1081.

⁸⁷ Louk Hulsman, citado por Wright, Martin, “Restorative Justice: for Whose Benefit?”, *Victim-Offender Mediation in Europe...*, cit., nota 12, p. 37.

no debe confundir; más allá de la unidad del ordenamiento, la responsabilidad de tipo penal no puede asimilarse a la civil. Piénsese, simplemente, en la presunción de inocencia, tan necesaria a cualquier sistema liberal de justicia penal; el ámbito civil, en cambio, fundado en la protección de las víctimas y en general de la parte débil (consumidores, etcétera), está más abierto a las inversiones de la carga probatoria.

La justicia restaurativa no es la panacea para las víctimas,⁸⁸ desde que sin desconocer el rol de la víctima, el proceso penal no debe olvidar al ofensor. "Hay que tener cuidado de no reemplazar la euforia de los años 60 centralizada en la resocialización del autor, por una nueva, enfocada en la protección de la víctima y en la compensación autor-víctima".⁸⁹ Justicia restaurativa no significa, pues, sustituir el rol protagónico del ofensor por el de la víctima dentro del proceso tradicional, sino abrir vías —extra proceso— cuando se advierte que el conflicto no se resolverá de la mejor manera a través de un tercero imparcial que dice "la última palabra", sino mediante la participación de todos los involucrados. Esto no quiere decir que el acercamiento imputado-víctima no sea posible dentro del proceso formal y tradicional de justicia. Por el contrario, los jueces penales juveniles, en diversos tipos de procesos, también deberían poner frente a frente al ofensor, a la víctima y a las personas de la comunidad, pero lo cierto es que ni los jueces ni las estructuras actuales están preparados para este tipo de participación.

En síntesis, la justicia restaurativa pretende ser una tercera vía (*third way*) que acumule los beneficios: la primera fue la visión retributiva, que centraliza la cuestión en el ofensor y la pena; la segunda, la tendencia rehabilitativa, que sigue concentrada en el ofensor, pero especialmente en su tratamiento, supervisión, control, etcétera; la tercera pone la atención en el daño que tanto la víctima como la sociedad han sufrido y el modo como puede ser reparado, pero sin olvidar los postulados positivos de las dos primeras.⁹⁰ En otras palabras, esta tercera vía no supone el abandono de todos los recursos que proveen los modelos anteriores. "Se

⁸⁸ Por eso, los movimientos de justicia restaurativa no sustituyen los movimientos en favor de las víctimas (Miers D. *et al.*, *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, *cit.*, nota 8, p. 10).

⁸⁹ Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 219, nota 649.

⁹⁰ Vanfraechem, Inge, "Implementing Family Group Conferences in a Legalistic System. The Example of Belgium", Fifth Conference of the International Network of Research on Juveniles, Leuven, Bélgica, septiembre de 2001 (draft version).

sabe que el proceso penal es un instrumento susceptible de usos degradados y degradantes. La experiencia al respecto es clara; tan clara como las formas violentas y destructivas del sistema de educación y de tutela”.⁹¹ Son los usos degradados los que deben ser abandonados, pero no existe ninguna incompatibilidad entre proceso penal garantista, sistema rehabilitativo y restaurativo si no son usados conforme a los principios de la disciplina constitucional. Hemos experimentado la rehabilitación y la retribución; “es posible que los métodos restauradores tengan menos efectos colaterales negativos, y la única forma de saberlo es probando”.⁹² Esa prueba no debe olvidar el máximo paradigma del derecho penal juvenil, cual es el de la protección integral, consagrado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, instrumento en el que también se fundan los programas de justicia restaurativa.

6. Justicia restaurativa no significa convertir el proceso penal en un proceso sin garantías

Las garantías constitucionales tan caras al proceso (defensa en juicio, presunción de inocencia, etcétera) son el presupuesto necesario de cualquier vía alternativa. Nada es pensable sin estos principios fundamentales porque nada es imaginable fuera del sistema internacional de los derechos humanos, especialmente si se trata de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

7. El sistema normativo no pone valladares insuperables para instrumentar los programas de justicia restaurativa en el proceso penal juvenil

En mi opinión, el sistema normativo latinoamericano no presenta valladares insuperables a las vías alternativas restauradoras. No son barreras ni el principio de legalidad ni la prohibición de constituirse en actor civil contenida en la mayoría de las leyes específicas. Por encima del

⁹¹ Andrés Ibáñez, Perfecto, “El proceso penal con menores”, en Martín López, María T. (coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 15.

⁹² Highton, E. *et al.*, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, cit., nota 4, p. 91.

principio de legalidad están las convenciones internacionales mencionadas que dan sustento a la introducción del principio de oportunidad.⁹³ La prohibición de constituirse en actor civil tampoco es un freno, porque la participación de la víctima en el proceso penal juvenil no se produce para recibir una indemnización idéntica a la que se obtiene en el proceso penal, sino para ser restaurada con un alcance distinto, no sobre la ruta principal, sino en un camino que sale de ella para encontrar un lugar donde sanan mejor las heridas causadas por el delito.

8. *Un cambio de mentalidad*

La inexistencia de barreras normativas no significa posibilidad fáctica inmediata. Es cierto que la justicia restaurativa no es una solución para todos los problemas, sino el componente de una receta que sirve para satisfacer los intereses de la víctima, del autor, y de toda la comunidad. Pero, al mismo tiempo, la justicia restaurativa no propone simplemente un nuevo programa o una nueva técnica; sus fines son más ambiciosos: pretende un cambio en nuestra manera de ver y de responder a los actos criminales.

En una sociedad compleja la atomización del conflicto es una elección que aleja la posibilidad de respuesta efectiva a las situaciones de necesidad. Proceder ciegamente a lo largo del camino con simples racionalizaciones o modernizaciones de las técnicas de resolución de conflicto sin un cam-

⁹³ No ingreso en el debate respecto a si se trata de una cuestión sustancial o procesal y, consecuentemente, si su reglamentación depende, en la República Argentina, de la nación o de las provincias. El artículo 26 del nuevo Código Procesal Penal de Mendoza dice: "El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al tribunal que se suspenda total o parcialmente la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones, o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando: 1. Se tratare de un hecho insignificante de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en ejercicio del cargo o con ocasión de él. 2. Se haya producido la solución del conflicto; 3. En los casos de suspensión del juicio a prueba...". Para una defensa del sistema, véase Aguinaga, Juan, "El principio de oportunidad constitucional", Mendoza, inédito; Altamirano, Paula *et al.*, "¿Es el principio de oportunidad una solución posible?", ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2003 (el trabajo contiene un resumen de la opinión sobre la cuestión de varios autores argentinos).

bio efectivo de la mentalidad en la cultura que insufla el sistema de justicia será un paso atrás.⁹⁴

Este cambio exige reconocer que: *a)* los ofensores son parte de nosotros y no enemigos de fuera. Más aún, el aislamiento es una estrategia altamente imprudente porque conducimos al infractor a la subcultura de los criminales. Por el contrario, hay que acercarlo a nosotros; sólo así estará dispuesto a reparar el perjuicio causado; *b)* el sistema social y judicial que tenemos no es la respuesta inevitable y única ante el crimen. Hay otras opciones lícitas y razonables que tienden a la reparación del daño causado; *c)* el sistema judicial actual no está preparado para cumplir con el propósito de restaurar o reparar; *d)* para producir el cambio, hay que estar seguros de que no estamos tirando el niño junto con el agua de la bañera en la que se está bañando (*to be sure that they do not throw the baby out with the bathwater*). Los cambios, si no son sistémicos, pueden empeorar la situación.

No se trata de dejarse llevar por las modas. Hay que meditarlas. Jacques Faget concluye su libro de mediación penal con un juego de palabras muy aleccionador. Titula a su último capítulo *Medi(t)ation*. Muestra que mediación y meditación varían sólo por la “t” en el medio, invita a meditar sobre la mediación, y hace un llamado de atención para seleccionar el uso de las vías alternativas.⁹⁵ Con sentido análogo se ha dicho que “no hay que subirse al carro (*jump onto the bandwagon*) sin clarificar las premisas en las que se basa. Hay que pensar cuidadosamente las implicaciones que puede tener introducir una manera diferente de trabajar”.⁹⁶

La reflexión no debe ser aislada. Por el contrario, el debate debe darse dentro del Poder Judicial, en los otros poderes del Estado, en la Universi-

⁹⁴ Bouchard, Marco, “Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto”, *Dei delitti e delle pene*, 2/92, p. 199. No tengo una visión pesimista de la sociedad, de los cambios sociales, de las libertades que el hombre exige. Para una visión, en mi opinión excesivamente pesimista, aunque realista, en la demarcación de las continuas contradicciones que los adultos tenemos hacia los jóvenes, véase Corsale, Massimo, “Giudici e minori in una società senza padre”, *Giustizia e conflitto sociale, in ricordo di Vincenzo Tomeo*, Milán, Giuffrè, 1992, p. 319.

⁹⁵ Faget, Jacques, *La médiation. Essai de politique pénale*, París, Érés, 1992, pp. 203 y 204.

⁹⁶ Jackson, Shirley, “Family Group Conferences and Youth Justice: the New Panacea?”, en Goldson, Barry, *Youth Justice: Contemporary Policy and Practice*, Aldershot, Ashgate, 1999, p. 141.

dad y, más extensamente, en la opinión pública. Para que esto sea posible, se necesita una amplia colaboración de los medios de comunicación masiva.

9. *Justicia restaurativa no significa solución a todos los problemas sociales*

Desde esa meditación, algo está claro: la justicia restaurativa no es la panacea universal.⁹⁷ Bien se ha dicho que "una de las causas y al mismo tiempo efecto de los fracasos y frustraciones en el tratamiento de la delincuencia juvenil ha sido el fenómeno de la panacea, o sea, la continua búsqueda de encontrar un remedio que lo cure todo".⁹⁸ En el mismo sentido, se señala que

...pensar que un modo extrajudicial de regulación de la litis sea una respuesta al mal funcionamiento de la justicia es una pura ilusión. Efectivamente, por un lado, no es posible renunciar a la función jurisdiccional; por el otro, la crisis del Poder Judicial no depende de la simple ineficiencia organizativa; es expresión de una crisis estructural de un sistema que comprende la familia, el barrio, la escuela, el trabajo, la iglesia, etcétera.⁹⁹

No obstante, la crisis global no es excusa para no mejorar el ámbito donde se está trabajando, intentando otras vías alternativas que impliquen pasos adelante, aun cuando merced a la sabiduría popular sepamos que "no hay rosas sin espinas".¹⁰⁰

A. *Cualquiera sea el sistema, hay que trabajar coordinadamente*

La justicia restaurativa, igual que la justicia tradicional, no permite, o al menos no debiera permitir, improvisaciones irresponsables. Toda in-

⁹⁷ Garena, Giovanni, "Una riflessione sul modello riparativo finalizzata allo sviluppo della comunità", *Minori Giustizia*, 2/1999, p. 53; Zermatten, Jean, "Experiencias modernas en justicia juvenil", *I Seminario Internacional en Minoridad y Familia*, cit., nota 36, p. 63.

⁹⁸ Dean-Myrda, Mark y Cullen, Francis, *op. cit.*, nota 24, p. 9.

⁹⁹ Bouchard, Marco, *op. cit.*, nota 94, p. 193. El autor apoya decididamente los medios alternativos; la frase está pronunciada en el contexto del realismo con el que los métodos deben ser propuestos.

¹⁰⁰ Queralt, Joan, "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación", *op. cit.*, nota 60, p. 150.

intervención debe ser planeada y los sujetos intervinientes debidamente entrenados. En cualquier sistema, la falta de coordinación dentro de los poderes del Estado, de éstos entre sí, y de éstos con la comunidad, impide soluciones razonables y eficientes. El niño, el adolescente, es *una* persona; el sistema no puede dividirlo y destruirlo a través de numerosos "servicios" (judiciales, sociales, privados, etcétera).¹⁰¹

Los grupos de trabajo deben estar coordinados en la tarea cotidiana y no sólo en los grandes objetivos. Cualquiera sea el modelo que se instrumente, debe haber colaboración entre tribunales, servicios sociales, entes locales (municipales, regionales), comunidades de acogida, organizaciones no gubernamentales, etcétera.¹⁰² También debería haber mucha comunicación entre los distintos programas de justicia restaurativa, para transmitirse experiencia.

B. *Desjudicialización... ma non troppo*

De todo cuanto vengo exponiendo, imagino un sistema que se inserta en el esquema judicial del siguiente modo:

- 1) Debe crearse en la policía una división encargada de los asuntos juveniles, a la manera inglesa. Esta división debe estar formada, esencialmente, con nuevos ingresantes a la fuerza de seguridad, formados especialmente para este tipo de tareas.

Por el momento, y dada la escasa formación y la triste historia de la institución policial, esa división sólo tendría por función recibir las denuncias y actuar respetando todas las garantías constitucionales; su tarea concluye enviando el expediente al Ministerio Público.

¹⁰¹ La falta de coordinación es un mal generalizado en muchos países. Para esta cuestión véase Mestitz, Anna y Ghetti, Simona, "Juvenile Magistrates and Victim-Offender Mediation Centres: the Communication System", 2nd. Conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice "Restorative Justice and its Relation to the Criminal Justice System" (10-12 de octubre de 2002, Oostende, Bélgica); también Mestitz, Anna, "La giustizia minorile tra burocrazia e comunicazione. Comunicazione intra-sistemiche", *Minori Giustizia*, 2000-2, p. 195. La autora hace referencia a la carencia de comunicación de jueces con abogados, policía, servicios sociales, etcétera.

¹⁰² Busnelli Fiorentino, Elda, "L'integrazione fra servizi nella attuazione del nuovo processo penale minorile", *Minori e Giustizia*, Padua, Fondazione E. Zancan, 1990, p. 21.

- 2) Recepcionada la causa por ésta o por otra vía, con o sin división especial policial, el Ministerio Público tiene facultades discrecionales suficientes para resolver: *a)* archivar el caso, si cualquier medida es superabundante; *b)* en casos excepcionales (por la gravedad del delito, o porque el joven no reconoce su participación en el hecho) continuar con la causa adelante por el camino tradicional, y *c)* enviar la causa a alguna vía alternativa de resolución del conflicto.

También el juez debe estar facultado para enviar el proceso a esta vía alternativa, aun cuando el expediente ya haya concluido la etapa instructoria.

- 3) El proceso alternativo debe ser llevado adelante por facilitadores altamente especializados, integrados en cuerpos suficientemente coordinados. Esos grupos pueden o no integrar el Poder Judicial; si forman parte del Poder Judicial¹⁰³ deben tener la independencia necesaria para resguardar la confidencialidad del proceso; si no forman parte de éste, debe tratarse de organismos que, por sus antecedentes específicos, hayan sido autorizados por el Poder Judicial para ejercer este tipo de funciones.
- 4) La vía alternativa debe tender a la restauración del ofensor consigo mismo, de la víctima y de la sociedad.
- 5) El juez de la causa homologa o no el acuerdo celebrado; la homologación significa el archivo de la causa; la no homologación la continuación de la causa adelante; sin embargo, el cumplimiento del acuerdo puede ser un elemento a tener en consideración para disminuir las responsabilidades tradicionales.

C. La elección de los programas

La elección de la técnica a utilizar debe hacerse en función de las circunstancias del caso particular, el tiempo disponible, las preferencias de las partes, los recursos comunitarios o estatales. No es un tema de con-

¹⁰³ Cuando me refiero a formar parte del Poder Judicial, pienso en un cuerpo que ha sido seleccionado y responde a las pautas generales marcadas por la autoridad de la superintendencia del Poder Judicial; no obstante, no deben ser personas incorporadas a "la planta permanente" del Poder Judicial, o sea, personas que luego se rijan por el estatuto del empleado público, etcétera, porque esa posición salarial, lamentablemente, es un factor decisivo para que sean "fagocitados" por el espíritu burocrático.

vergencia o divergencia. Hay más de una opción; la justicia restaurativa es una justicia que puede presentar tantas variantes como lo son los fenómenos delictivos. No hay que asustarse ante esa diversidad, y específicamente ante una personalidad en evolución; es la flexibilidad y no la rigidez la que puede llevar a una mejor solución.¹⁰⁴

No ignoro que algunos programas están muy alejados de nuestras tradiciones, por lo que resultan difíciles de instrumentar; aun así, no son descartables de plano. Piénsese, por ejemplo, en actos vandálicos en una escuela de un pequeño pueblo; ¿por qué pensar que una reunión, similar incluso al *sentencing circle*, en la que participen las personas más respetadas de la comunidad, como puede ser el médico del pueblo, el presidente de la asociación deportiva, etcétera, todos conducidos por un facilitador experimentado, no pueda llegar, en diálogo fecundo con los familiares, a una solución más restauradora que la del sistema formal de justicia?

D. La elección de la gente

Las buenas intenciones no bastan para legitimar soluciones concretas.¹⁰⁵ El éxito de cualquier programa requiere personal cualificado, competente, bien entrenado, con el tipo adecuado de características personales.¹⁰⁶ Como dice el profesor canadiense John Edwards,¹⁰⁷ hay que crear estructuras que tiendan a clarificar los roles y responsabilidades; esto ayuda, pero el éxito o fracaso de todo acuerdo institucional, en la mayoría de los casos, depende de la integridad personal de quien ocupa la posición. Si esa persona no tiene apropiados ideales de justicia, no está preparada para el ejercicio de estas responsabilidades en el interés públi-

¹⁰⁴ Archibald, Bruce, *op. cit.*, nota 5. Véase, del mismo autor, "Comparative Reflections on Criminal Prosecutions, the Rule of Law and Reflexive Law", presentado en la Quinta Conferencia Internacional, "The International Network for Research on Restorative Justice for Juveniles", Leuven, Bélgica, 2001.

¹⁰⁵ Pulitanò, Domenico, "Quale riforma per la giustizia penale minorile?", *Questione Giustizia*, 2002/4, p. 734.

¹⁰⁶ Ross, Robert, "Razonamiento y rehabilitación. Un programa cognitivo para el tratamiento y la prevención de la delincuencia", en Garrido Genovés *et al.*, *La reeducación del delincuente juvenil. Los programas de éxito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 49.

¹⁰⁷ Citado por Archibald, Bruce, "The Politics of Prosecutorial Discretion: Institutional Structures and the Tensions Between Punitive and Restorative Paradigms of Justice", XVII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política, Seúl, Corea del Sur, 1997.

co; en este caso hasta la mejor estructura institucional puede fracasar. Sin embargo, es mejor poner a la mejor gente en la mejor estructura posible.

E. *El monitoreo permanente*

Los programas de justicia restaurativa son flexibles y están en experimentación; es verdad que un sistema flexible genera inseguridad, pero uno de reglas rigurosas lo hace inflexible y no adaptable a las circunstancias siempre cambiantes de los jóvenes. Consecuentemente, y para evitar estos inconvenientes, el Estado debe incentivar un sistema de evaluación permanente, regular y riguroso que mida seriamente los resultados y modifique sobre la marcha todo lo que sea necesario.¹⁰⁸ Cualquier programa que se lleve adelante (y esto también debería hacerlo la justicia "formal") debería permitir que, al culminar el proceso, la parte se exprese a través de un formulario en el que se den posibles respuestas alternativas. Por ejemplo, preguntar a la víctima: piensa que este proceso fue lento, demasiado lento, razonablemente rápido; obtuvo una respuesta satisfactoria, poco satisfactoria, etcétera.

F. *Un elemento esencial*

En países sumidos en la desocupación, es absurdo creer en programas restaurativos sin una red social que ayude al joven infractor. Hay que ser realistas: no tiene sentido ni imponer ni dar al joven la opción libre de prestar servicios si en el ámbito donde vive no hay ninguna posibilidad concreta de un trabajo mínimamente gratificante.¹⁰⁹ Sea a través de la mediación, de la reunión del grupo familiar, de reunión de grupo extendido, etcétera, la solución al conflicto requiere que este joven infractor tenga posibilidad de realizar una mínima restauración económica a la víctima. Para ello es necesario que tenga un lugar donde prestar el servicio prometido, un espacio donde desarrollar la actividad que le dará fondos, etcétera. Ni el sistema judicial ni el de los servicios sociales se ha

¹⁰⁸ Miers D. et al., *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, cit., nota 8, p. 15.

¹⁰⁹ Moro, Alfredo, "Fasi del processo penale minorile e interventi dei servizi", en Busnelli, Fiorentino (ed.), *Minori e Giustizia*, Padua, Fundazioni E. Zancan, 1990, p. 49.

preparado para esta red, y ésta es la primera que hay que tender. Clubes deportivos, pequeñas empresas, municipios, asociaciones sin fines de lucro, entre otros, todos pueden ser espacios útiles para que este joven se inserte. Para eso, la oficina de medidas alternativas tiene que saber a qué teléfono llamar. En Mendoza, la experiencia piloto ha comenzado haciendo un registro o listado de asociaciones, actividades que desarrollan, recursos con los que cuentan, etcétera, para de este modo poder dirigir la solución negociada sobre bases factibles.

XI. UNA ESPERANZA FINAL

Alguien dijo que “no se sabe cómo va a evolucionar el sistema de justicia juvenil”;¹¹⁰ yo tampoco lo sé; sólo puedo decir, igual que Martín L. King, “yo tengo un sueño”. El mío es una justicia penal juvenil que reconcilie al infractor consigo mismo, con la víctima y con la comunidad, de modo tal que a través de un proceso educativo, rodeado de todas las garantías constitucionales, logre reinsertarse en la sociedad como un sujeto que se valora a sí mismo y es valorado por los demás. Creo, sinceramente, que los programas de justicia restaurativa pueden ser un buen instrumento para la realización de este fin.

¹¹⁰ Martín López, María T., “Modelos de justicia juvenil: análisis de derecho comparado”, en Martín López, María T. (coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, cit., nota 91, p. 97.

UNIDAD II: JUSTICIA RESTAURATIVA E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Duymovich Rojas, Ivonne M. 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 (INCIPP)
PROGRAMA DE FORMACIÓN A JÓVENES INVESTIGADORES



Instituto de Ciencia Procesal Penal

**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**

Trabajo de investigación que como parte del Programa de
Formación a Jóvenes Investigadores presenta:

IVONNE M. DUYSOVICH ROJAS

LIMA – PERÚ
Noviembre 2007

RESUMEN

El problema que se desarrolla en esta investigación es si la reparación civil, como manifestación de la justicia retributiva, satisface mejor los intereses de la víctima, interrogante a la que damos una respuesta negativa, y proponemos la hipótesis de que la reparación integral, como manifestación de la justicia restauradora, es la que satisface en mayor medida los intereses de la víctima. En el primer apartado de la investigación desarrollaremos el tema de la reforma del proceso penal, sus causas y sus principales características, pero principalmente dónde se ubica dentro del desarrollo de la Justicia Restaurativa y su manifestación en la Justicia negociada o negociadora. Incidiremos en la idea del cambio de nuestro sistema que aún posee rasgos retribucionistas e inquisitivos, hacia la resolución del conflicto penal bajo los principios de la Justicia Restauradora. Nuestro segundo apartado se refiere al rol que desempeña la víctima en el actual proceso penal y la necesidad de aplicar el cambio de perspectiva, que desarrollamos en el apartado primero, al tratamiento de la víctima dentro del proceso penal. En un tercer momento nos adentraremos en los conceptos que supone la reparación integral, como medida exitosa frente a la insatisfacción de la víctima derivada de la reparación únicamente patrimonial. El cuarto y quinto apartado se centran en las experiencias en dos temas claves en el desarrollo de la justicia restauradora y de la reparación, la justicia penal juvenil y la justicia en caso de violaciones a los derechos humanos. Concluiremos que frente a seguir con una idea retributiva del proceso penal respecto a la víctima, mediante sólo la indemnización pecuniaria de carácter civil, es necesario evolucionar hacia un sistema basado en la justicia restauradora y en la justicia negociada, que procura una reparación integral a la víctima y que a su vez satisface a la comunidad al contener reparaciones de diversa índole, dándole al imputado la oportunidad de resarcir el daño cometido y darse cuenta de las consecuencias de sus actos, prometiendo no volver a cometerlo.

SUMARIO

<u>INTRODUCCIÓN</u>	5
1.- LA REFORMA DEL PROCESO PENAL	7
1.1.- La reforma penal, características y causas	7
1.2.- Modelos procesales y espacios para la resolución negociada del conflicto.....	8
1.3.- La Justicia Retributiva vs. La justicia Restaurativa: Impacto sobre la resolución del conflicto y las reparaciones.....	9
2.- EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL SEGÚN MODELO INQUISITIVO Y EL CAMBIO DE PERSPECTIVA: ALGUNOS RASGOS DE LA SUPERVIVENCIA DEL MODELO INQUISITIVO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	12
2.1.- Rol de la víctima en el modelo inquisitivo y la reparación civil.....	12
2.2.- Rasgos inquisitivos en el rol de la víctima dentro del nuevo Código Procesal Penal.....	13
2.3.- Rol de la víctima: El Cambio de perspectiva.....	13
3.- MANIFESTACIONES DE LA JUSTICIA RESTAURADORA: LA REPARACIÓN INTEGRAL	15
3.1.- El concepto de reparación integral.....	15
3.1.1.- La restitución.....	17
3.1.2.- La indemnización.....	17
3.1.3.- La rehabilitación.....	17
3.1.4.- La satisfacción o compensación moral.....	17
3.1.5.- Las garantías de no repetición.....	18
3.2.- Las reparaciones en los acuerdos reparatorios, especial enfoque en la reparación resultado de la mediación penal.....	18
4.- APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURADORA EN CASOS DE DELINCUENCIA JUVENIL	21

4.1.- Manifestaciones de Justicia retributiva en el Sistema Penal Juvenil.....	21
4.2.- Cambio de paradigma: la Justicia restauradora.....	22
4.2.1.- La reparación en la Mediación entre víctima y Delincuente.....	24
4.2.2.- Reuniones de Restauración.....	24
4.2.3.- Las reparaciones en los “círculos”	24
4.2.4.- Asistencia a la víctima: la inclusión como reparación.....	25
4.2.5.- La asistencia al Ex Delincuente y la garantía de no repetición.....	25
4.2.6.- Restitución o reparación.....	25
4.2.7.- Prestación de Servicios a la Comunidad	26
4.3.- Experiencia comparada.....	26
 5.- APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURADORA EN LAS REPARACIONES EN CASOS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS.....	 27
5.1.- La obligación del Estado de penalizar las violaciones de derechos humanos como expresión del derecho a la víctima a conocer la verdad de los hechos.....	28
5.2.- El derecho a conocer la verdad de los hechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.....	29
5.3.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de otras formas de reparación.....	30
5.4.- Casos de judicialización de casos de violaciones de Derechos Humanos donde sólo se ha aplicado justicia retributiva.....	31
 <u>CONCLUSIONES</u>.....	 33
 <u>BIBLIOGRAFÍA</u>.....	 35

INTRODUCCIÓN

Para un entendimiento pleno del trabajo de investigación, deberemos definir nuestros términos de referencia. Comenzaremos por decir el significado de la palabra “reparación integral”, que hace referencia a una indemnización que comprende todos los daños causados, esto es, el daño emergente, el lucro cesante y, cuando sea viable, el restablecimiento del perjuicio moral. Una suma que no tenga en cuenta estos elementos no indemnizará el daño. Y que una indemnización sea equitativa, naturalmente significa que sea proporcionada con el daño sufrido, o lo que es lo mismo, que repare el perjuicio causado. Otro término usado en nuestra investigación es el de Justicia restauradora o restaurativa que es una forma más humana y participativa de tratar con el delito y no posee efectos inapropiados, ésta convoca a la víctima, el delincuente y a la comunidad en una búsqueda para las soluciones que promuevan la reparación, la reconciliación y el perdón. Finalmente el concepto de Justicia Retributiva, está relacionado con el castigo por una infracción a una ley y principalmente se enfoca en el tratamiento que se le debe dar al agresor o perpetrador. Este es un enfoque retroactivo, en el cual los procedimientos legales deben jugar un rol central y está basado sobre el supuesto que mecanismos tales como las cortes, las leyes criminales y los tribunales internacionales son esenciales para dismantelar la impunidad y para poner en marcha medidas para la no-repetición de violaciones de derechos en el futuro.

La importancia de establecer que la reparación integral, como manifestación de la justicia restauradora, es la que satisface en mayor medida los intereses de la víctima radica en que en la medida en que esta reparación integral exista, se completará y restablecerá la posición de la víctima en el proceso penal. Tanto el derecho penal como la criminología han tratado tangencialmente a la víctima, pero ni el primero ni la segunda fueron hechas para estudiarla, para ayudarla, “carecen ambos de interés real por el problema de la víctima”. La victimología no nace como un capricho, nace por una necesidad vital de supervivencia y de dignidad humana. Por tanto la contribución de esta investigación es precisamente el establecer, según la práctica en el marco de procesos por violaciones de derechos humanos y en base a las experiencias innovadoras en la justicia penal juvenil, cómo se resuelve el conflicto social que crea el delito mediante una reposición del lugar de la víctima y una humanización de las medidas que le

restituyan sus derechos conculcados y que garanticen —a ésta y a la comunidad en general— la no repetición de los hechos.

El objetivo central de esta investigación es determinar que la reparación integral es la mejor alternativa de satisfacción a la víctima, teniendo como base experiencias de la justicia restauradora en casos de delincuencia juvenil y violaciones a los derechos humanos.

En el primer apartado de la investigación desarrollaremos el tema de la reforma del proceso penal, sus causas y sus principales características, pero principalmente dónde se ubica dentro del desarrollo de la Justicia Restaurativa y su manifestación en la Justicia negociada o negociadora. Incidiremos en la idea del cambio de nuestro sistema que aún posee rasgos retribucionistas e inquisitivos, hacia la resolución del conflicto penal bajo los principios de la Justicia Restauradora. Nuestro segundo apartado se refiere al rol que desempeña la víctima en el actual proceso penal y la necesidad de aplicar el cambio de perspectiva, que desarrollamos en el apartado primero, al tratamiento de la víctima dentro del proceso penal. En un tercer momento nos adentraremos en los conceptos que supone la reparación integral, como medida exitosa frente a la insatisfacción de la víctima derivada de la reparación únicamente patrimonial. El cuarto y quinto apartado se centran en las experiencias en dos temas claves en el desarrollo de la justicia restauradora y de la reparación, la justicia penal juvenil y la justicia en caso de violaciones a los derechos humanos.

Finalmente la conclusión central a la que llega la investigación es que frente a seguir con una idea retributiva del proceso penal respecto a la víctima, mediante sólo la indemnización pecuniaria de carácter civil, es necesario evolucionar hacia un sistema basado en la justicia restauradora y en la justicia negociada, que procura una reparación integral a la víctima y que a su vez satisface a la comunidad al contener reparaciones de diversa índole, dándole al imputado la oportunidad de resarcir el daño cometido y darse cuenta de las consecuencias de sus actos, prometiendo no volver a cometerlo.

1.- LA REFORMA DEL PROCESO PENAL

1.1.- La reforma penal, características y causas

En la última década la lógica y los principios de nuestro proceso inquisitivo reformado o mixto, vigente desde 1940, plasmado en el Código de Procedimientos Penales, han sido penetrados lentamente por instituciones (y principios) del sistema acusatorio, que varían la lógica de la persecución del delito, de su investigación y de su juzgamiento. La moderación del sistema inquisitivo se ha consagrado por vía constitucional y por la recepción de la normativa internacional de derechos humanos en la legislación de segundo rango y la jurisprudencia. Pero también, otros aspectos del nuevo modelo se han ido expresando legislativamente como derecho penal de excepción, reservada a ciertos hechos punibles y expresiones delictivas, a través de figuras como el Principio de Oportunidad y la Terminación Anticipada del Proceso, que abren la puerta a instituciones de la denominada justicia penal negociada, bajo la ecuación mediación ofensor - víctima impensable en un esquema inquisitivo, influenciados también por el movimiento victimológico de *justicia restauradora* que pretende recuperar el control de la resolución del conflicto penal para los actores primigenios del mismo. La entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal hasta el 2013 a nivel nacional concretizará el nuevo modelo y lógica del sistema penal acusatorio.

Este cambio de sistema procesal y paradigmas culturales responde a varios factores, a la realidad social expresada en la creciente violencia y las nuevas formas delictivas que los viejos esquemas no pueden hacer frente, sumado al descontento social por el retardo e incertidumbre en la administración de justicia, las que exigen del Estado respuestas creativas y efectivas.¹ Porque además, las respuestas tradicionales del aparato represor penal del Estado, a través de la pena, nunca han podido ir a la raíz del conflicto social desencadenado por la comisión del delito, ya que, la pena calma el clamor de venganza de la sociedad pero no resuelve ese conflicto social.² Y es que, las concepciones liberales de la pena, surgida desde la Ilustración, no pudieron atenuar el monopolio estatal del conflicto penal y el olvido a la víctima del delito. Y porque, el Estado tiende a dar respuestas efectivistas que rebajan las garantías de los ciudadanos recurriendo al derecho penal de excepción (del enemigo).³

¹ “Estudio de Victimización en las ciudades de Lima, Arequipa, Cusco, Huamanga, Iquitos y Trujillo” realizado en el año 2005 por Apoyo – Opinión y Mercado para el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana. Disponible en <<http://conasec.mininter.gob.pe/banerencuesta.htm>>.

² Zúñiga, Laura. *Política criminal*. Madrid: COLEX, 2001, p. 271. Defensoría del Pueblo. *Hacia un sistema de seguridad ciudadana. Lineamientos de trabajo*. Lima, 2006, pp. 17- 18.

³ JAKOBS, Günther. “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. En: JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal enemigo*. Madrid: Thomson – Civitas, 2003, pp. 73 y ss. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 163 y ss. POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima: GRIJLEY, 2006. YACOBUCCI, Guillermo, “Política criminal y delincuencia organizada”. En: ID (Coordinador). *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Ábaco, 2005, pp. 25 y ss. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”. En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coordinadores). *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Madrid-Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset – Marcial Pons, 2004, pp. 693 y ss.

1.2.- Modelos procesales y espacios para la resolución negociada del conflicto

Ahora bien, esa tendencia efectivista del Estado siempre ha estado presente en las sociedades modernas, y ha generado dos modelos político – criminales para enfrentar el hecho delictivo.⁴ Por un lado, se encuentra el *Crime control model*, que pone en primer plano la efectividad en la persecución del delito, según **ARANELLA**: “El modelo de control del crimen aparece como una reformulación a la tendencia a resistir “alojamientos legales” en búsqueda del objetivo primario de procedimiento de castigar al culpable”⁵ (Traducción libre del original). Por otro lado, se sitúa el *due process model*, que coloca el acento en la confrontación del acusado con el Estado y, de tal modo, se propicia el desarrollo de las garantías procesales. Ambos modelos representan los polos opuestos en el intento de encontrar un compromiso entre los requerimientos del Estado de derechos y los de eficiencia. Sin embargo, siguiendo a Heike **JUNG**, con una mirada atenta se podrá apreciar que la oposición entre el *crimen control model* y el *due process model* probablemente está sobre valorado, ya que, en un Estado de derecho no es posible contraponer, con carácter de necesidad, el respeto de posiciones básicas de derechos humanos y la efectividad en la administración de justicia. Además, porque un proceso solo es efectivo si posee una función de pacificación, lo que no sucedería si se pusiera un acento desmedido en la búsqueda de la verdad a cualquier precio sin el respeto de las garantías básicas del imputado. Por ello, la política procesal penal debe lograr un equilibrio entre estos dos modelos.

En un intento de responder a la realidad social, a las demandas ciudadanas y limitar la reacción desproporcionada del Estado, procurando un equilibrio entre los modelos descritos, los movimientos de reforma del proceso penal en América Latina, tomando la experiencia del derecho europeo continental y el derecho angloamericano, han propuesto la implementación del sistema acusatorio.⁶ Y es que el sistema acusatorio introduce una nueva lógica en la persecución del delito y limita la intervención desproporcionada del Estado, o al menos eso sucede en su esquema ideal. Además, el sistema acusatorio se encuentra enriquecido, como se ha dicho, por los movimientos victimológicos.

Es así que se advierte una marcada diferencia de perspectiva con que los sistemas procesales entienden la persecución del delito. En el sistema acusatorio, aquella persecución se estructura como un “modelo de disputa”, propio del *common law*, donde el acusador y el imputado son los dueños de la contienda, y por tanto, sobre sus hombros recae la búsqueda de la verdad,

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia e Italia)*, trad. de Pablo Morenilla, Zaragoza: Edijus, 2000, p. 40.

⁵ ARANELLA. “Rethinking the Functions of Criminal Procedure”. *The Warren and Burger Courts Competing Ideologies, The Georgetown Law Journal* 72, 1983, Nº 2, p. 185.

⁶ Ver sobre todo: MAIER, Julio. AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Konrad Adenauer – Ad Hoc – Instituto Max Plack para Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2001, pp. 17 y ss.

por ello no resulta extraño que el órgano acusador pueda decidir desistirse total o parcialmente de su persecución cuando el acusado ha reconocido su responsabilidad y cesó la controversia. Entonces, es posible que a cambio de la confesión del imputado, el órgano acusador disponga una disminución de pena. Mientras que en el sistema inquisitivo la persecución del delito se estructura como un “modelo de investigación oficial”, propio del sistema continental, donde la investigación del delito es delegada a dos o más funcionarios públicos, el Juez de instrucción y el Fiscal, quienes buscan conocer la verdad de los hechos, pero no son dueños de la investigación, con lo que es impensable el cese de la persecución aunque el imputado reconozca su responsabilidad. Bajo ese esquema, se erige el principio de legalidad procesal que obliga a los órganos estatales a perseguir todos los delitos en todas las circunstancias, y como corolario de ello, la obligación del órgano juzgador de imponer la pena que corresponda conforme al grado de culpabilidad del imputado, aunque valorando su confesión. En el primer modelo, es posible la creación de escenarios de negociación penal, en el segundo, esos escenarios son inexistentes.

Así, con la recepción de instituciones propias del modelo acusatorio, enriquecido por los desarrollos victimológicos y los derechos humanos, se produce un cambio de visión del delito y se busca ir al conflicto social subyacente en el mismo, reposicionando a los sujetos materiales del drama penal, con lo que, el imputado y la víctima recobran su posición originaria en el conflicto social, antes absolutamente monopolizada por el Estado, para dar paso a una *Justicia Penal Negociada*⁷ y *Restaurativa*⁸, donde se colmen las expectativas de la sociedad y de la víctima.

1.3.- La Justicia Retributiva vs. La justicia Restaurativa: Impacto sobre la resolución del conflicto y las reparaciones.

En los esquemas de la Justicia Retributiva que se vincula estrechamente con los fines de la pena, lo importante es dar un mensaje al sancionado, a posibles infractores y a la sociedad, bajos los tradicionales criterios de prevención especial y general. Así, la víctima del delito es olvidada y sólo se van a acordar de ella en la reparación civil. Este modelo obviamente no llega a resolver el conflicto social producido por la comisión del delito.

Frente a ese modelo se propone esquemas de Justicia Restaurativa. La Justicia Restaurativa consiste en un proceso por el cual todas las partes que tienen interés en un determinado conflicto se juntan para resolverlo colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro **(ver Tabla N° 1)**. En esta definición, se recogen sus tres notas esenciales⁹: la idea de proceso¹⁰, la noción de

⁷ HIGHTON, E. et al., *Resolución alternativa de disputas y Sistema Penal*. Buenos Aires. Ad Hoc, 1990, pp. 60 y ss. TUMARIT SUMALLA, Joseph. “La mediación reparatoria en la ley de responsabilidad penal del menor”. En: GONZÁLEZ CUSSAC et al. (Coords) *Justicia penal de menores y jóvenes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 48.

⁸ Cfr., entre otros: VAN NESS, D. Et al., “Introducing Restorative Justice”. En: Morris – Maxwell (ed), *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford: Hart Publishing, 2001, pp. 13 y ss. CERETTI, A. et al., “Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto”. En: Scaparro, Fulvio. *Il coraggio di mediare*. Milan: Guerini e Associati, 2001, p. 309. MIERS, David. *An International Review of Restorative Justice*. London: Home Office, 2001, p. 88.

⁹ ASHWOTRH, A., “Responsibilities, Rights and Restorative Justice”, *The British Journal of Criminology, Special Issue*, vol. 42, N° 3, 2002, p.578.

¹⁰ Entendiendo proceso como diálogo.

partes y la existencia de acuerdos restauradores¹¹. Constituye un camino de apertura de la Justicia que pone el énfasis en la reparación de las consecuencias del conflicto. El crimen es entendido como una violación de la comunidad, de las relaciones y una destrucción de la paz social. Se caracteriza por ser integradora e inclusiva, genera y supone la participación de la víctima, del victimario y de la comunidad afectada por el hecho, buscando una solución que se encamine a la reparación del daño y de la armonía rota¹². El principal propósito de la intervención es restaurar la paz social, remediar el daño causado, arreglar la puesta en peligro de los bienes jurídicos, evitar la re-victimación, bajo un paradigma de Justicia construido bajo los elementos de la mediación, reconciliación, restitución y compensación¹³.

TABLA 1. COMPARACIÓN ENTRE LOS ENFOQUES DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
Crimen: categoría jurídica, violación de la ley, acto lesivo al Estado.	Crimen: acto lesivo a personas y comunidades
Control de la criminalidad: función principal del sistema de justicia penal	Control de la criminalidad: una obligación de la comunidad
Compromiso del infractor: pagar multa o cumplir pena	Compromiso del infractor: asumir responsabilidad y reparar el mal hecho
Crimen: acto individual con responsabilidad individualizada	Crimen: acto con dimensiones individuales y sociales de responsabilidad
La pena es eficiente cuando: - la amenaza de la punición logra prevenir el crimen- la punición cambia el comportamiento del infractor	Punición solamente no es suficiente para cambiar comportamientos.
Víctima: elemento marginal en el proceso judicial	Víctima: elemento central en el desarrollo del proceso y en la solución de los problemas creados por el crimen
Infractor: definido por sus defectos y carencias	Infractor: definido por su capacidad de restaurar el daño ocasionado
Foco: establecer culpa por eventos pasados (si cometió el crimen o no)	Foco: solución de problemas, determinación de responsabilidades y obligaciones en el presente y en el futuro (que es necesario hacer)

¹¹ Es aquel acuerdo que repara simbólica o materialmente a la víctima, permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada. Cf., LARRAURI, E., “Tendencias actuales de la Justicia Restauradora”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.). *In Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 2004, p.447.

¹² MINISTERIO DE JUSTICIA DE CANADÁ, en “Values and Principles of Restorative Justice in Criminal matters”, Ministerio de Justicia de Canadá, 2003.

¹³ *Id.*, CHRISTIE, N., “Conflicts as Property”, *British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, Trad. Al español, en MAIER, J., (comp.). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc., 1992. ZEHR, H., *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. Scottsdale: PA Herald Press, 1990 y VAN NESS, D., “Perspectives of Achieving Satisfying Justice: Values and Principles of Restorative Justice”. *ICCA Journal of Community Corrections*, N° 8, 1997, pp.7–12, quienes propugnan un modelo de Justicia Restaurativa alternativo al sistema penal. Este nuevo modelo es visto frecuentemente como un nuevo paradigma de justicia penal que difiere tremendamente del sistema dominante de paradigma de Justicia Retributiva.

Énfasis en antagonismos	Énfasis en el diálogo y en la negociación
Imposición de penas y sufrimientos para impedir y cohibir crímenes	Reconciliación para recompensar las partes y restaurar el daño
Comunidad: excluida, representada abstractamente por el Estado	Comunidad: facilita el proceso restaurativo

Fuente: Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito – UNODC. “Hacia un nuevo paradigma: miradas interdisciplinarias sobre modelos y metodologías. Justicia juvenil: retos y perspectivas a nivel internacional”. Ponencia del Foro sobre el menor infractor, Medellín, 12 de noviembre del 2004, p. 7.

Comentario: En esta tabla se tienen en cuenta a los actos y los procesos presentes en la aplicación de la justicia penal, desde el enfoque retribucionista y desde el restaurativo.

Así, la justicia negociada es la expresión más extendida de la *Justicia Restaurativa*¹⁴ y constituye la posibilidad de producir la reintegración social de los delincuentes y responder a las necesidades de las víctimas, en el marco de los valores de la comunidad.¹⁵ Se estructura como un instrumento de resolución de conflictos que se generan en el seno de la sociedad, adoptando así una concepción de resolución definitiva de los conflictos sociales, restableciendo la paz social, quebrantado por la conducta contraria a la norma. Este proceso de negociación, debe ser analizado como una forma de que ambos actores intervinientes en ese conflicto, tanto el victimario como la víctima, lleguen a través de un entendimiento a una superación de ese conflicto, haciendo posible una reparación concreta del daño, y facilitando el rol del mediador como garante del acuerdo que lleguen ambas partes.¹⁶

Si debemos definir a la víctima, quien —como hemos mencionado— en la resolución tradicional del conflicto es apartada del accionar del poder punitivo, la misma es aquella o aquel que por alguna razón, “no puede nada”. Es el enclenque o pequeño o minusválido, ocupa el lugar del no-poder que es un disvalor por impotencia, mientras que el máximo poder es la opresión, así la enajenación de la víctima comienza con la amenaza que pronuncia o evidencia el victimario.¹⁷

Bajo ese contexto, se debía viabilizar la dosificación de la persecución del delito, de la pena y la reparación civil y a la vez debía intentarse satisfacer las necesidades sociales de justicia subyacentes al quebrantamiento del orden social con la comisión de hechos delictivos. Así, se

¹⁴ BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Criminología y victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito*. Bogotá: Leyer, 1998, p. 32.

¹⁵ ALONSO RIMO, Alberto. *Víctima y sistema Penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002, pp. 245 y ss. SAMPEDRO, Julio Andrés. *La humanización del proceso penal*. Bogotá: Legis, 2002, p. 67.

¹⁶ VARONA MARTÍNEZ, Gema. *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares, 1998, pp. 255 y ss.

¹⁷ GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999, p. 322. Ramírez, Rodrigo. *La victimología*. Ed. Temis, Bogotá, 1983, pág. 34, Gimeno Sendra, Vicente y otros. *Derecho Procesal. Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 241. Rodríguez Manzera, L. *Criminología*. Ed. Porrúa, 1982. pág. 42.

posibilita bajo la *Justicia Penal Negociada* la aparición de diversas instituciones procesales que facilitan los acuerdos entre el Fiscal y el imputado, inspiradas por los denominados criterios de oportunidad. Estos criterios, reglados desde una finalidad político-criminal o de utilidad social, pueden generar un muro de contención al monopolio de la persecución penal pública, relativizándose así el sistema de la estricta-legalidad. Este principio, —el de oportunidad— que es la regla de la persecución penal en el sistema del Derecho Anglosajón, busca, por un lado satisfacer a la víctima en sus expectativas de reparaciones y por otro otorgar al imputado la posibilidad de beneficiarse de reducciones de pena y terminaciones anticipadas del proceso a cambio de su colaboración con la justicia y el reconocimiento de su responsabilidad penal.

De esta manera se estructura un modelo disuasorio, también llamado integrador que prevé la solución conciliadora del conflicto, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad, y la propia pacificación de las relaciones sociales. En este sentido podemos establecer valores de avance respecto a cuán restaurativa apunta ser nuestra justicia penal, estos grados pueden ayudar a reformas graduales para la inclusión de los actores involucrados en la justicia restaurativa. Así, cuando las prácticas de la justicia penal incluyen sólo a un grupo de partes interesadas primarias, como en el caso del resarcimiento económico para las víctimas por parte del gobierno, el proceso sólo se puede llamar “parcialmente restaurativo.” Cuando un procedimiento como el de mediación entre víctimas y delincuentes incluye dos partes interesadas principales pero excluye a las comunidades de apoyo, el proceso es “mayormente restaurativo.” El proceso es “completamente restaurativo” sólo cuando los tres grupos de partes interesadas primarias participan activamente, como por ejemplo en reuniones de restauración o círculos (**ver Figura N° 1**).

FIGURA N° 1. TIPOS Y GRADOS DE PRÁCTICAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA



Fuente: Paul Mccold y Ted Wachte, “En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa”, *Restorative practices. EForum* – International Institute for Restorative Practices, Agosto 12, 2003, p. 3.

Comentario: Las tres partes interesadas primarias en la justicia restaurativa son las víctimas, los delincuentes y sus comunidades de apoyo, cuyas necesidades son, respectivamente, lograr la reparación del daño, asumir la responsabilidad y llegar a un acuerdo. El grado en que las tres partes participan en intercambios emocionales significativos y la toma de decisiones es el grado según el cual toda forma de disciplina social puede ser calificada como completamente “restaurativa.” Estos tres grupos de partes interesadas primarias están representados por tres círculos superpuestos en la Figura.

2.- EL ROL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL SEGÚN MODELO INQUISITIVO Y EL CAMBIO DE PERSPECTIVA: ALGUNOS RASGOS DE LA SUPERVIVENCIA DEL MODELO INQUISITIVO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

2.1.- Rol de la víctima en el modelo inquisitivo y la reparación civil

En los modelos procesales monopolizados por el Estado, a través de la persecución oficial del delito propia del modelo inquisitivo, el rol de la víctima en el proceso penal es secundario y

limitado. En los modelos mixtos o inquisitivo reformado la víctima puede participar en el proceso a través de la institución denominada “parte Civil” esta participación se reduce a las alegaciones sobre la reparación civil o la denominada consecuencia económica del delito.¹⁸

Otro aspecto importante que merece una crítica es la limitación efectiva de la participación de la víctima en el proceso, que la toma en cuenta sólo cuando se ha constituido en “parte civil” y esto requiere que la víctima manifieste su voluntad y asigne un abogado para participar en el proceso, con lo oneroso que eso resulta.¹⁹ Con ello se viola el derecho al acceso a la justicia y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que se relacionan con el derecho a ser oído y a la protección judicial consagrados en los artículos 8º y 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con ello, en el proceso penal el rol de la víctima es secundaria y se reduce, respecto al fondo de la controversia, a la calidad de testigo del delito. Incluso el valor de su testimonio, por obvias razones de valoración de la prueba, se encuentra limitada y debe ser acompañada de otros elementos de prueba para crear convicción en el juzgador sobre la responsabilidad del imputado.

Por otro lado, bajo este modelo los criterios para la determinación de la reparación civil se encuentran limitados a los esquemas civilistas de reparación de daños por responsabilidad civil extracontractual. Criterios que sin duda sirven para el ámbito civil pero que consideramos inadecuados en el ámbito penal, donde son otros los bienes jurídicos, intereses y necesidades en juego.

Y, obviamente, el modelo inquisitivo, al estructurarse como un modelo de investigación oficial del delito, como se ha dicho, descarta cualquier posibilidad de justicia por acuerdo o negociación penal que pueda aligerar el rígido esquema de exclusión de la víctima en la solución del conflicto penal.

En suma, en el viejo modelo reformado o mixto, presente en nuestro Código de Procedimientos Penales, aún vigente, la víctima por un lado, no puede participar plenamente en el proceso penal para la determinación de la responsabilidad penal del imputado, sólo puede participar para hacer alegaciones y probar la reparación civil. Y por otro lado, los criterios para establecer la reparación civil se encuentran reducidos al esquema civilista de reparación del daño por responsabilidad civil extracontractual.

2.2.- Rasgos inquisitivos en el rol de la víctima dentro del nuevo Código Procesal Penal.

Aunque en el nuevo Código Procesal Penal se pueden ver instituciones que pretenden superar el antiguo modelo, como la incorporación del principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios,

¹⁸ Ver entre otros: SOLARI BRUMANA, Juan. *Reparación del daño del particular damnificado*. Buenos Aires: Depalma 1862, p. 68.

¹⁹ Para una crítica de este modelo Ver: CAFFERATA NORES, José. *Temas de Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 100.

en cuanto a la participación de la víctima en el proceso penal se conservan los viejos esquemas del modelo anterior.

2.3.- Rol de la víctima: El Cambio de perspectiva

Sin embargo, el rol de la víctima en el proceso debe cambiar radicalmente. En la doctrina latinoamericana **CAFFERATA NORES** ha hecho una interesante aproximación al problema teniendo como guía las decisiones emanadas de los organismos regionales de derechos humanos. Así, los nuevos paradigmas de procuración de justicia penal deben contar necesariamente con las víctimas como un elemento constitutivo del sistema y la mejor manera de abordar la temática pasa, necesariamente, por la compleja relación entre las normas de derecho internacional de los derechos humanos con incidencia en las legislaciones penales domésticas. **CAFFERATA NORES** reconoce que el sistema de garantías genéricas es bilateral, en tanto que la tutela efectiva esta hecha tanto para el acusado, como para la víctima. En este sentido, resultan equivalentes para ambas partes la igualdad ante los tribunales, el acceso a la justicia y la defensa en juicio y la imparcialidad e independencia de los jueces.²⁰

Como anota **GUERRERO PERALTA**, la construcción bilateral de las garantías conduce a un modelo de derecho penal material en el que prima la efectividad del reconocimiento de los derechos, sobre la accesoriedad procesal que hasta el momento se le ha reconocido a ciertos institutos propios de las víctimas. Asimismo, por ejemplo, la tutela efectiva y su correlato lógico de acceso a la administración de justicia implican para el procesado la posibilidad efectiva de ejercer su derecho de defensa obligatoria, incluso con la intervención estatal que deben proveer los medios para que el acusado se defienda adecuadamente. En el mismo sentido, para la víctima el fundamento de igualdad implica que el acceso a la justicia supere el plano formal y se le permita una intervención efectiva, al mismo tiempo que una representación gratuita, asesoramiento y patrocinio.

La sanción del culpable como derecho de la víctima ha encontrado amplia aceptación en la opinión de los órganos supranacionales de derechos humanos que operan en nuestra región, lo que por ende reinterpreta el contenido constitucional de los derechos humanos en el proceso penal. Así, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma que la razón principal por la que el Estado ésta llamado a perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas. La extensión de este derecho de las víctimas se concreta en el derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente, en la que se establezca la existencia o no de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les imponga las sanciones pertinentes. A su vez, el derecho a obtener una investigación judicial implica la responsabilidad del Estado de adelantar con seriedad una indagación independiente e imparcial y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa

²⁰ CAFERATTA NORES, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 50 y ss.

El último componente que se reafirma en las decisiones supranacionales es el de la reparación e indemnización a las víctimas, el cual influye el restablecimiento de la situación anterior de la lesión, la reparación de las consecuencias producidas con el acto ilícito y la compensación de los daños patrimoniales y extramatrimoniales.

Además, como anota **GUERRERO PERALTA**, la Corte Constitucional colombiana llega a la construcción de la víctima como sujeto procesal a partir de tres argumentos: la tutela judicial efectiva como derecho reconocido internacionalmente que le asiste al imputado/procesado y en igual medida al perjudicado de la conducta punible; la inadmisibilidad desde el punto de vista internacional de ciertas disposiciones del derecho penal doméstico, tales como auto amnistías, prescripciones y todas aquellas que tengan por efecto excluir la responsabilidad penal enervando el legítimo derecho de las víctimas a la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables; y, por último, las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana ha sido modelo posterior para múltiples manifestaciones normativas que se han promovido desde el ámbito internacional para favorecer a las víctimas de vulneraciones a los derechos humanos.

La jurisprudencia argentina ha sido positivamente osada al trascender incluso las decisiones de los tribunales internacionales reconociendo que: *“(...) el derecho del afectado está incorporado de algún modo en el bien jurídicamente protegido por la norma penal, razón por la cual se reconoce que es un derecho del ofendido obtener la aplicación de la pena prevista en la ley para el caso de la vulneración de aquel bien jurídico abstracto, derecho que se reconoce sólo a él por su condición de tal, es decir, por haber sido lesionado en su interés o en su derecho concreto”*. La Corte Suprema de Argentina en este caso decidió que la solicitud de condena realizado por un querellante en un delito de acción pública es idónea para habilitar al tribunal de juicio dictar sentencia condenatoria, aunque el Fiscal hubiese pedido la absolución.

Ello, implica que se cambie el rol de la víctima en el proceso penal y se le considere como verdadera parte procesal que pueda hacer alegaciones y aportar pruebas no sólo sobre la reparación civil, sino y sobre todo sobre la responsabilidad penal del imputado, como expresión de los derechos reconocidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos y declarados por los órganos sobre la materia.

3.- MANIFESTACIONES DE LA JUSTICIA RESTAURADORA: LA REPARACIÓN INTEGRAL

3.1.- El concepto de reparación integral

Esta investigación asume la definición amplia de reparación que existe en el contexto del derecho internacional, en el cual el término se usa para designar toda aquella medida que puede ser utilizada para resarcir a las víctimas por los diferentes tipos de daños que hubieren sufrido como consecuencia de ciertos crímenes cometidos.

La violación es la hipótesis normativa acreditable y declarable; la reparación es la consecuencia jurídica de aquella. La naturaleza y las características de la primera determinan las de la segunda, que también se puede y se suele expresar en términos diferentes: así, la reparación reflejará la naturaleza del bien lesionado o asumirá otro carácter, siempre compensatorio²¹.

Es en el plano internacional, específicamente en el marco de tribunales de derechos humanos, en donde se ha desarrollado ampliamente y de manera progresiva los alcances de las reparaciones. Y por tanto, en donde existe más desarrollo doctrinario. Los Artículos Preliminares sobre Responsabilidad Estatal adoptadas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, nos ofrecen también un acercamiento a nuestro tema de estudio²². Los artículos 43 al 46 son los que se encargan de las reparaciones y enumeran a la restitución, compensación, satisfacción y asegurar y garantizar la no repetición²³.

Dentro de lo que fue la Comisión de Derechos Humanos, la sub-Comisión realizó una labor que la salvó del descrédito generalizado que sufrió la Comisión. Dentro de esa labor destaca, para nuestro tema, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y a obtener reparaciones*, que se convertirían en la resolución 60/147 de la Asamblea General²⁴. Estos principios y directrices señalan como formas de reparación a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición.

Los lineamientos ofrecidos por Sergio García Ramírez, la Comisión de Derecho Internacional y la Asamblea General son en esencia de la misma naturaleza. No entraremos al debate terminológico, ya que eso sobrepasa nuestros objetivos, pero señalaremos que las categorías de devolución, reposición y sustitución que indica García Ramírez, bien pudieran quedar comprendidas en la restitución. Por otra parte, la resolución 60/147 de la Asamblea General menciona a la rehabilitación como forma de reparación, la cual no es mencionada por la Comisión de Derecho Internacional y que García Ramírez trata como otras medidas de reparación²⁵.

²¹ Sergio García Ramírez, "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *La jurisdicción internacional. Derechos Humanos y la justicia penal*, México: Porrúa, 2003, p. 299.

²² Tal y como lo señala Van Boven, los principios y directrices pueden funcionar en otros niveles aparte del estrictamente interestatal. Ver Van Boven, Theo, "Reparations: a requirement of justice", En Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Tomo I, 2ª Edición, Costa Rica, noviembre de 1999. pp. 654.

²³ Draft Articles on State Responsibility. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eight session (1996). UN doc. A/51/10, Artículos 42-46.

²⁴ 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. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en sexagésimo periodo de sesiones. A/Res/60/147, artículos 18-23

²⁵ García Ramírez, Sergio. Las reparaciones en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos. En Memoria del Seminario. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Tomo I, 2ª Ed. Costa Rica Noviembre de 1999. p. 156.

Debemos señalar que las reparaciones también tienen que cumplir con una función preventiva y de combate a la impunidad²⁶, lo que va más allá de la simple reparación de las consecuencias que tuvo el hecho ilícito generado por la responsabilidad Estatal. En este sentido, la integralidad implica que la reparación no puede ni debe ser vista aisladamente del resto de componentes de la justicia y que por tanto no es admisible considerarla como algo que se puede intercambiar por justicia o verdad.

Perfeccionando la idea, el concepto de *reparación integral* hace referencia, por un lado, al esclarecimiento de la verdad de los hechos, a la aplicación de la justicia y las reformas institucionales, es decir, lo que se conoce como integralidad externa²⁷. Y por otro, al necesario balance que debe existir entre las reparaciones materiales y las simbólicas así como entre las reparaciones individuales y colectivas, lo que se conoce como integralidad interna²⁸.

El concepto de reparación integral supone reconocer la multiplicidad de formas de reparación contemplada en algunas legislaciones nacionales —lamentablemente aún no la peruana— y principalmente la normativa internacional, especialmente las que desarrollaremos a continuación.

3.1.1.- La restitución

La *restitución*, también conocida como *restitutio in integrum*, busca devolver a la víctima a la situación anterior a la violación y comprende, entre otras cuestiones, “el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades”²⁹.

3.1.2.- La indemnización

²⁶ Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 2da Edición, Costa Rica. 1999, p. 497.

²⁷ En realidad, el concepto de reparación integral exige avanzar de manera coherente en las distintas dimensiones de la justicia, es decir, en la justicia, la verdad y la reparación.

²⁸ Asimismo, el concepto de reparación integral significa que las reparaciones no pueden ni deben reducirse a la dimensión material, sino que deben incluir medidas simbólicas, tanto para las víctimas individuales, como para la sociedad.

²⁹ Principio 19 de 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 (2005). Principio 22 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 40 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 4 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

La *indemnización*, que consiste en compensar los perjuicios causados por el delito y que generalmente asume la forma de un pago en dinero como reconocimiento a los males cometidos y para reparar las pérdidas sufridas. Generalmente son objeto de compensación los siguientes daños: el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales³⁰.

3.1.3.- La rehabilitación

La *rehabilitación*, que se refiere al cuidado y asistencia profesional que las víctimas requieren para reestablecer su integridad legal, física y moral después de la violación en su contra. Estas medidas deberán incluir según proceda, la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales³¹.

3.1.4.- La satisfacción o compensación moral

La *satisfacción o compensación moral*, consistente en realizar acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad de lo sucedido. Son medidas de carácter no pecuniario. Algunos ejemplos de tales medidas son las siguientes: medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas; 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; 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; 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; una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades³².

³⁰ CIDH (2005: 14 -17). Principio 20 de 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 (2005). Principio 23 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 41 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 9 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

³¹ CIDH (2005: 11). Principio 21 de 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 (2005). Principio 24 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 42 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 10 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

³² CIDH (2005: 12 - 14). Principio 22 de 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

3.1.5.- Las garantías de no repetición

Las *garantías de no repetición*, son aquellas medidas dirigidas a evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario que vulneren su dignidad. Algunas de las medidas que se reconocen internacionalmente son las siguientes³³: adhesión consecuente de las instituciones públicas al imperio de la ley; el ejercicio de un control efectivo de las autoridades civiles sobre las Fuerzas Armadas y de seguridad; 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; asegurar el funcionamiento independiente, imparcial y eficaz de los tribunales de justicia de conformidad con las normas internacionales relativas a las garantías procesales debidas; la desmovilización y desmantelamiento de los grupos armados paraestatales o no oficiales; la promoción de mecanismos destinados a prevenir y vigilar los conflictos sociales; la revisión y reforma de leyes que puedan, eventualmente, contribuir a la violación de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

3.2.- Las reparaciones en los acuerdos reparatorios, especial enfoque en la reparación resultado de la mediación penal

La justicia restaurativa permite a la comunidad y las personas directamente afectadas, víctima y acusado —principalmente mediante la negociación, conciliación y mediación penal— confrontarse y encontrar la solución directa a sus problemas, lográndose, por una parte, el descongestionamiento del ya voluminoso trabajo de los órganos de la administración de justicia, y, por otra, permitir que los verdaderos actores de la misma encuentren una solución rápida a sus necesidades, siendo que la víctima resarce efectivamente el daño ocasionado, y el acusado, puede restituir a la sociedad —en corto tiempo— el menoscabo que le ha causado, siendo que, a más de estos beneficios mencionados, se permite sincerar el verdadero ejercicio de la acción penal.

Desde hace algún tiempo, viene considerándose, al lado de los mecanismos alternativos a la ejecución de las penas privativas de libertad, normalmente recogidas en la legislación penal, la necesidad de introducir mecanismos que produzcan en el proceso penal en trámite, ciertos

Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005). Principio 25 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 44 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 11 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

³³ Principio 23 de 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 (2005). Principios 35 a 38 del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (2005). Principio 25 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principios 45 a 50 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 11 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

efectos liberadores del mismo llegando a evitarlo; bien en fase pre-procesal, bien en fases más adelantadas, pero en cualquier caso resolviendo el conflicto generado por la realización del ilícito penal, entre autor y partícipes con sus víctimas o perjudicados, llegando a eventuales acuerdos con la intervención de profesionales de otros campos científicos con el pertinente control de los órganos judiciales o del Ministerio Público. Ello permitiría satisfacer, tanto el interés general, al restablecer la situación jurídica anterior al hecho delictivo, como la particular de los afectados por vía de un resarcimiento, disculpa o reparación en sentido amplio. A esta posibilidad ya prevista, en cierta manera en el ámbito de menores y solo vislumbrada en el de adultos; es a la que se refiere el presente apartado.

La mediación y otros procesos de consenso, ofrecen herramientas para favorecer un cambio en la justicia penal, retornando a la responsabilidad de las comunidades, que participan diseñando planes apropiados para la satisfacción de la víctima, del ofensor y de la propia comunidad. No sólo las reparaciones sino la participación de la víctima en momentos previos al inicio de un proceso en el marco de la justicia restauradora, dejan atrás la idea de la víctima como la parte olvidada del proceso³⁴. Los estudios han mostrado repetidamente a víctimas que buscan reconocimiento y desean ser incluidas en el sistema de justicia penal³⁵.

La ausencia del reconocimiento formal de las víctimas en el sistema de justicia penal ha provocado en algunos autores el argumentar que las víctimas están mejor fuera del sistema de justicia penal convencional y que se debe usar alternativas similares a las de los procedimientos civiles o programas de justicia restauradora, tales como la mediación víctima-acusado³⁶. Estos procedimientos permiten a las víctimas realizar pedidos y darles el poder de veto. Por ejemplo, durante la mediación, las víctimas están habilitadas para confrontar al perpetrador y pueden aceptar o rechazar cualquier oferta de reparación.

Existen diversas formas de resolución alternativa de conflictos, entre ellas tenemos:

- La negociación directa entre víctima e imputado;
- La negociación entre la víctima, el imputado representado por su abogado defensor, y el fiscal;
- La negociación en la que los intervinientes principales son el abogado defensor y el fiscal, quienes apliquen algún mecanismo de consulta informal a las partes directas;
- La conciliación entre víctima e imputado, con la guía de un tercero imparcial que propone bases de arreglo a las partes;
- La mediación penal y,
- Otras formas de auto-composición que han surgido en la práctica de la Resolución Alternativa de Conflictos y la justicia restaurativa a nivel comparado y que pudieran adaptarse al marco legal de los Acuerdos reparatorios

³⁴ Viano, 1978, habla de la víctima como “parte olvidada” en el sistema de justicia penal. Viano citado por Jo-Anne Wemmers y Katie Cyr, “Can Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims' Experience in Mediation with young offenders”, *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, N° 47, 3, julio 2005, pp. 527-544, p. 527.

³⁵ Jo-Anne Wemmers y Katie Cyr, “What fairness means to crime victims: a social psychological perspective on victim-offender mediation”, *Applied Psychology in Criminal Justice*, 2(2), 2006, pp. 102-128, p. 102.

³⁶ Langevin y Roach lo afirman. Citados por Jo-Anne Wemmers y Katie Cyr, “What fairness...”, *op. cit.*, p. 103.

La mediación penal y otros medios alternativos al proceso en los acuerdos reparatorios como los mencionados arriba, son efectivos y aplicables para aquellos delitos que no afectan de manera grave a la sociedad; así, el nuevo Código Procesal Penal peruano establece en su artículo 2° numeral 7 que procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122 (lesiones leves), 185 (hurto simple), 187 (hurto de uso), 189-A Primer Párrafo (hurto de ganado sin agravantes), 190 (apropiación ilícita común), 191 (sustracción de bien propio), 192 (apropiación irregular), 193 (apropiación de prenda), 196 (estafa), 197 (casos de defraudación), 198 (administración fraudulenta), 205 (daño simple), 215 (modalidades de libramientos indebidos) del Código Penal, y en los delitos culposos. Y señala que esta regla no debe regir cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

Lo anterior nos da un marco material de aplicación de la mediación en los acuerdos reparatorios, pero debe establecerse un conjunto de líneas de acción para asegurar, en los casos en que se cometan los delitos arriba mencionados, la satisfacción de las víctimas y a la sociedad —ya que no hay regulación al respecto— reseñaremos un conjunto de principios que deberían regir la mediación penal y que se relacionan con la reparación, a propuesta de **DÍAZ GUDE**³⁷ estos son: el principio de voluntariedad en la participación de la víctima y el imputado; el principio de confidencialidad de las conversaciones que tienen lugar dentro del proceso de mediación, y; el principio de imparcialidad del mediador.

Una aclaración importante, que involucra la aplicación de los principios que se explicarán a continuación, es que una reparación en el marco de un acuerdo reparatorio no excluye su integralidad —tal y como ha quedado entendida en el apartado 3.1. de esta investigación— sino que debe ser la base sobre la que se realiza la mediación y cualquier otro tipo de acuerdo penal.

Otra atinencia que es de señalar es que en el marco de la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal peruano, el acuerdo reparatorio presenta como agente central al Fiscal quien realiza la diligencia del acuerdo y que tiene atribuciones específicas —incluso de la fijar la reparación civil en caso de inasistencia del agraviado, y el plazo del pago de este en caso no se haya llegado a acuerdo³⁸. Felizmente queda a salvo la opción de optar por la mediación privada —según entendemos— en la última oración de este numeral que señala que NO será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente³⁹.

³⁷ Alejandra Díaz Gude. “La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados”. Ponencia sobre Justicia Restaurativa (mediación penal) III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos, CEJA – JSCA, p. 9.

³⁸ Artículo 2° numeral 3 del Nuevo Código Procesal Penal.

³⁹ El trámite que sigue luego de tomado el acuerdo se indica en el numeral 4 del mismo artículo 2° del NCPP, como sigue: “Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile”.

Respecto a la voluntariedad, la amenaza de la persecución penal que subyace a una oferta de mediación en sede penal, haría discutible la afirmación de que la participación del imputado en la misma es voluntaria, sin embargo —a causa de los intereses asimétricos que están en juego— no es posible exigir el mismo grado de voluntariedad pura que se da en la mediación civil o familiar para el caso de la mediación penal. Lo importante es que el imputado tenga efectivamente una opción: sea de ir a juicio o de ir a un proceso de mediación, y que esta opción no se vea afectada por presiones ilegítimas sobre el imputado con el fin de obtener su participación en el proceso de mediación⁴⁰. Es importante señalar que debe existir certeza de parte del mediador que el imputado esté realmente arrepentido, puesto que no puede aventurarse una sesión de mediación con una víctima que espera una reparación basada en un arrepentimiento sincero y como base de éste un real compromiso de reparar integralmente el daño cometido, ya sea desde compromisos de servicio comunitario —que garantice el imputado al sistema estatal y por tanto a la sociedad—, pasando por compromisos de terapia —en casos de alcoholismo o drogadicción—, hasta la reparación pecuniaria.

El principio de confidencialidad se plantea no sólo si es el fiscal quien hace las veces de mediador, sino respecto a cualquier mediador, ya que es necesario que las partes puedan hablar libremente acerca de los hechos, expresar sus sentimientos, y plantear sus intereses y necesidades en un ambiente de confianza y respeto mutuos. Aquí nuevamente la garantía de una reparación justa para la víctima se sustenta en la persona idónea del mediador, que debe ser quien dirija un encuentro víctima – imputado, de tal manera que al final de la mediación haya resultado un compromiso social de parte del perpetrador y una liberación de sanciones mayores, una satisfacción de la víctima y una descarga para el Estado de un proceso penal.

El principio de imparcialidad tiene importantes dificultades debido a que en muchas ocasiones —como sucede en el caso peruano con los acuerdos reparatorios— la mediación se desarrolla por actores del sistema penal, los cuales, al estar orientados hacia los intereses propios del sistema de persecución penal en su conjunto, no estarían en condiciones de dar cabal cumplimiento a este principio. En base a prácticas institucionales se pueden tener en cuenta experiencias comparadas, como las de Francia en la que los fiscales y algunos jueces retirados actúan como mediadores en algunos casos; o Inglaterra donde existen programas de mediación al interior de las propias policías. La experiencia más cercana es la chilena en la cual el problema de que los fiscales actúen como mediadores en el proceso penal se encontraría zanjado, a través de un Instructivo del Fiscal Nacional que prohíbe expresamente a los fiscales conducir procesos de mediación.

En el caso de la aplicación de este importante principio, la reparación integral se vería asegurada sin intereses del mediador quien no debe tomar ninguna decisión que pueda vincular a las partes —lo que parecería muy difícil en caso de que sea el Fiscal, a causa de las atribuciones que posee en el marco del nuevo proceso penal peruano.

⁴⁰ Adam Crawford citado por Díaz Gude, *op. cit.*, p. 10.

4.- APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURADORA EN CASOS DE DELINCUENCIA JUVENIL

4.1.- Manifestaciones de Justicia retributiva en el Sistema Penal Juvenil

Como prevén las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como las «Reglas de Beijing», debe examinarse en esta fase (entre otras cosas) la posibilidad de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente, estando facultado el Fiscal y otros organismos para fallar dichos casos, sin necesidad de vista oficial y procurando facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de la víctimas (así la regla 11). Se trata pues, de suprimir el procedimiento penal cuando se pueda.

En el caso peruano no se contempla la mediación ni ninguna otra solución alternativa al proceso de sanción del menor infractor. En la norma específica –el Código de Niños y Adolescentes- no se menciona a la víctima sino al agraviado y sólo en los casos de participación en el proceso mismo, como la apelación o la notificación de la sentencia.

El Artículo 216 del Código de Niños y Adolescentes señala que la sentencia -resultado de un proceso al menor infractor- establecerá: a) La exposición de los hechos; b) Los fundamentos de derecho que considere adecuados a la calificación del acto infractor; c) La medida socio-educativa que se imponga; y d) La reparación civil.

La medida socio-educativa se refiere a la sanción: que puede ir desde una amonestación; la prestación de servicios a la comunidad; la libertad asistida; la libertad restringida; o la internación en establecimiento para tratamiento⁴¹.

De estas, la única medida que podría considerarse como una reparación con base en la Justicia Restauradora es la prestación de servicios a la comunidad. Pero no se regula ninguna medida que satisfaga a la víctima que no sea la reparación civil.

4.2.- Cambio de paradigma: la Justicia restauradora

⁴¹ El artículo 217° del Código de Niños y Adolescentes enumera estas medidas socio-educativas y más adelante indica las definiciones en el mismo Código, en el artículo 231° y ss. Así, la amonestación consiste en la recriminación al adolescente y a sus padres o responsables; la Prestación de Servicios a la Comunidad consiste en la realización de tareas acordes a la aptitud del adolescente sin perjudicar su salud, escolaridad ni trabajo, por un período máximo de seis meses; supervisados por personal técnico de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial en coordinación con los Gobiernos Locales; la Libertad Asistida consiste en la designación por la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial de un tutor para la orientación, supervisión y promoción del adolescente y su familia, debiendo presentar informes periódicos (se aplica por el término máximo de ocho meses); la Libertad Restringida consiste en la asistencia y participación diaria y obligatoria del adolescente en el Servicio de Orientación al Adolescente a cargo de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial, a fin de sujetarse al Programa de Libertad Restringida, tendente a su orientación, educación y reinserción (se aplica por el término máximo de doce meses); y la internación como medida privativa de libertad que se aplicará como último recurso por el período mínimo necesario (no excede de tres años).

La idea de este trabajo de investigación es también establecer lineamientos que señalen los principios y obligaciones de los Estados con respecto a las víctimas sin descuidar sus obligaciones respecto a la administración de la justicia penal juvenil⁴². Este apartado analiza en qué aspectos inciden los principios y obligaciones de responsabilidad penal juvenil⁴³ en la satisfacción de determinadas necesidades de la víctima y la sociedad. La idea es que del respeto de las normas internacionales —que están muy desarrolladas sobre el tema de justicia juvenil— se deriven las consecuencias positivas para la situación de una víctima inmersa en un proceso frente a un infractor juvenil.

Existen algunos principios y obligaciones que rigen los derechos de los menores que inciden en el aseguramiento de las necesidades de la víctima. Por ejemplo el **Principio de No Discriminación**, que está dentro de las obligaciones estatales referidas a la aplicación de la justicia penal juvenil, le asegura a la víctima que un menor con mejor posición económica seguirá un proceso y una sanción en las mismas circunstancias que uno con menor nivel socioeconómico. Esto asegura el sentimiento de justicia, de la víctima y de la sociedad como víctima secundaria.

Un segundo principio que incide en tema de justicia juvenil y víctima es el del **Debido Proceso**. Las mayores garantías y derechos que se otorguen a los jóvenes deben cumplir la función pedagógica del proceso penal; el resultado de un proceso que enseñe al adolescente los efectos de sus actos cubren la necesidad de la víctima y de la sociedad con la garantía de no repetición.

El **Principio de Gradualidad**, establece que las medidas impuestas a los adolescentes no deben ser ofensivas a sus derechos, y que se debe establecer una amplia gama de medidas alternativas a la privación de la libertad. La primera garantía de gradualidad favorece a las víctimas en aras de un proceso que no esté sujeto a nulidad. En cuanto a la segunda garantía de sanciones alternativas a la prisión, ésta satisface la necesidad de la víctima de estar presente y tener voz en el proceso de toma de decisión de la sanción, y a la sociedad en que no se establezca un sistema de penitencia juvenil con los mismos defectos que el de adultos (sobrepoblación, formación de nuevos delincuentes, etc).

En aplicación del **Principio de Oportunidad** se busca excluir al adolescente del sistema de justicia penal, siempre que ello sea posible, Las medidas alternativas van desde la suspensión del proceso a prueba (suspender todo el proceso y dar nueva oportunidad al adolescente para que no delinca), el desistimiento del juicio (cuando se considere que su proseguimiento va a tener

⁴² Los instrumentos internacionales básicos que rigen estas actuaciones estatales son: la Convención sobre los Derechos del Niño; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, Resolución 40/33 de la Asamblea General); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, Resolución 45/112 de la Asamblea General); y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Resolución 45/113 de la Asamblea General).

⁴³ Los siguientes principios fundamentales analizados son extraídos de la normatividad internacional en material de justicia penal de adolescentes, y son los que deben guiar toda actuación estatal que afecte a la infancia y la adolescencia.

más efectos negativos que positivos en el adolescente o que la gravedad del delito no lo amerita), los mecanismos de conciliación y reparación del daño que también sirven para evadir la formalidad del juicio sin eludir la responsabilidad del adolescente entre otras.

El principio de oportunidad no es una contradicción, es una especialidad del sistema penal juvenil que se justifica por su finalidad pedagógica (y no solamente retributiva o preventiva) y por las características especiales de los adolescentes, que son personas en formación, y por lo tanto tienen más posibilidades de reinserción social⁴⁴.

La justicia restaurativa es la forma más pedagógica de ejercer la justicia en caso de los adolescentes, pues reconoce (y hace que el infractor reconozca) que el crimen causa daños a las personas y a la sociedad; reconoce los derechos de la víctima (fortaleciendo el sentimiento de realización de justicia en la propia víctima y en la comunidad en general); da protagonismo a la víctima y a la sociedad (permitiendo que se encuentre una respuesta efectiva al conflicto social generado por el crimen); trata las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro; repara daños; previene más efectivamente la reincidencia delictiva; hace menos daño al adolescente (por promover soluciones alternativas a la privación de libertad); previene también la estigmatización del adolescente y finalmente promueve la reconciliación.

Lo que ya se conocen son diversas experiencias para utilizar los principios de justicia restaurativa en la práctica de la justicia penal juvenil, la pregunta que queda es entonces: ¿que tipos de reparación pueden establecerse en cada una de las alternativas de la justicia juvenil?

4.2.1.- La reparación en la Mediación entre víctima y Delincuente:

La mediación, como reunión entre víctima y delincuente facilitada por un mediador capacitado para resolver el conflicto que incluye la reparación el daño sufrido por la víctima, busca alcanzar un resultado que sea percibido como justo por ambos. La participación es voluntaria y ambos tienen la oportunidad de expresar sus sentimientos y percepciones respecto al delito. Es la manera más directa en la que la víctima puede solicitar la reparación y es un requisito que el perpetrador juvenil ha de haber reconocido su responsabilidad plenamente.

Un posible listado de opciones para las reparaciones de menor a mayor:

- Lo mínimo debiera ser que la víctima pida como reparación las disculpas del menor y la promesa de no volver a delinquir.
- La devolución de lo robado por ejemplo.
- La devolución del valor de lo robado.
- La entrega de un bien similar.
- La entrega de determinada suma de dinero.

⁴⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito – UNODC. “Hacia un nuevo paradigma: miradas interdisciplinarias sobre modelos y metodologías. Justicia juvenil: retos y perspectivas a nivel internacional”. Ponencia del Foro sobre el menor infractor, Medellín, 12 de noviembre del 2004.

La reparación puede entenderse como algo que la víctima obtiene del ofensor no necesariamente notorio para ambos, en este caso la mediación incluye un acercamiento con el posible desarrollo de empatía y eliminación del miedo que es el ofensor para la víctima, por tanto tiene efectos terapéuticos.

4.2.2.- Reuniones de Restauración:

Son similares a los programas de mediación y restauración pero incluyen la participación de las familias, grupos comunitarios de apoyo, policía, asistentes sociales y abogados, además de la víctima y el adolescente infractor. La finalidad de este modelo también es más amplia, pues incluye la demostración al adolescente que muchas personas se preocupan por él y para despertar en este un sentido de responsabilidad respecto de su familia, de su círculo social y de la sociedad. Las formas de reparación que obtiene la sociedad en este tipo de alternativas pueden ser la mentalización de los diversos actores involucrados sobre la comisión de un delito por un menor.

4.2.3.- Las reparaciones en los “círculos”

Los círculos también ofrecen un espacio de encuentro para víctima y adolescente infractor, pero involucrando a la comunidad en el proceso de toma de decisiones. Pueden participar desde miembros del sistema judicial hasta cualquier ciudadano interesado en el delito. Todos tienen derecho a expresarse durante el proceso, a medida que pasa alrededor del círculo un objeto que concede la palabra a quien lo tiene en las manos, asegurando que cada persona tenga la oportunidad de ser escuchada y reafirmando el valor del respeto, la verdad, la honestidad, el escuchar y el compartir.

Las formas de reparación que obtiene la sociedad en este tipo de alternativas puede ser la reafirmación de valores en la comunidad al involucrar a un grupo más amplio y no comprendido directamente en los efectos de los delitos cometidos por menores.

4.2.4.- Asistencia a la víctima: la inclusión como reparación

¿Implica una reparación? Se entiende que no puede llegarse a una reparación que satisfaga las necesidades de la víctima si no se le incluye y protege durante el proceso de toma de decisiones. Es también una medida terapéutica porque la víctima se siente escuchada.

Esta asistencia puede ocurrir de dos formas: derecho de participación de la víctima durante todo el procedimiento judicial y la asistencia a la víctima en el proceso de recuperación de las consecuencias del delito que fue objeto. Se propone evitar que la solución encontrada para el conflicto satisfaga la necesidad de retribución del Estado, sin realizar reparación alguna a la víctima.

4.2.5.- La asistencia al Ex Delincuente y la garantía de no repetición

Es la parte o tipo de reparación que otorga la garantía de no repetición. Son programas de asistencia institucional y posinstitucional para los adolescentes que pretenden hacer la transición de la vida delincucional a la existencia como miembro de una comunidad, con miras a minimizar los efectos dañinos de la privación de libertad (valores antisociales e incapacidad de tomar decisiones y planificar – mentalidad institucionalizada).

4.2.6.- Restitución o reparación

La restitución o reparación es un pago monetario o simbólico que el adolescente hace a la víctima. Tiene la potencialidad de reparar el daño financiero y también el daño que el delito causó en las relaciones sociales. También provee una sanción que se encuentra más claramente relacionada con el delito que las medidas punitivas y posiciona a la víctima y al delincuente en el lugar que ocupaban antes del delito, ya que satisface de mejor modo las necesidades de la víctima y tiene una función eminentemente rehabilitadora para el adolescente. La restitución puede tener lugar en programas de asistencia a la víctima, o como consecuencia de mediación, o como medida impuesta al adolescente en sustitución a la pena privativa de libertad o en complementación a esta, dependiendo de la gravedad del delito.

La reparación exige que el menor asuma el compromiso con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más, el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado⁴⁵.

4.2.7.- Prestación de Servicios a la Comunidad:

Es una especie de restitución o reparación del daño que se dirige no a la víctima individualmente considerada sino a la sociedad, víctima secundaria de hecho criminal. El servicio comunitario debe, en la medida de lo posible, vincular la naturaleza del servicio prestado con el delito a ser sancionado o con el daño causado, para despertar en el adolescente la responsabilidad por sus actos. Es una herramienta importante para reducir la cara del sistema de atención institucional al adolescente. Además, posibilita al adolescente una oportunidad constructiva y proactiva de reparar los daños cometidos, mejorar su percepción sobre sí mismo y su valor social, para finalmente integrarse a una sociedad de la cual muchas veces estaba excluido.

⁴⁵ Fernando Suanes Pérez, “La justicia restaurativa: normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores”, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, pp. 3313-3332, p. 3328.

En suma, en cualquiera de los distintos programas y planes para la utilización de la justicia restaurativa, los elementos que la diferencian de una respuesta retributiva y sancionadora al delito son: el énfasis puesto en la responsabilidad (y no en el castigo o en la rehabilitación), la consideración de las fortalezas del adolescente (y no de sus necesidades, que el Estado paternalista debe suplir), y el fortalecimiento de la capacidad de elección del adolescente (y no de su vulnerabilidad frente a factores sociales y psicológicos).

Los resultados notados en la aplicación de estos programas en menor o mayor grado en cada una de las modalidades son: la satisfacción de las partes, la reparación de los daños, desarrollo de empatía del delincuente por la víctima, la reducción del miedo en las víctimas, cambio de conducta de los adolescentes y menores índices de reincidencia.

4.3.- Experiencia comparada

En Canadá, se ofrece a los perpetradores juveniles como una forma de diversión, redirigiendo sus casos desde las cortes juveniles. Si un menor ha cometido una ofensa menor y se declara culpable, este menor puede ofrecer una sanción alternativa. La mediación es un programa voluntario; el joven puede aceptar o rechazar la oferta de tomar parte en una mediación. Si el perpetrador acepta, la víctima es contactada por teléfono e invitada a participar en la mediación. Hay, en general, dos tipos de mediación víctima-perpetrador: directa e indirecta. La mediación directa. Que es la más común de los dos tipos, requiere un encuentro cara a cara entre el menor y la víctima, y son mediados por uno o dos trabajadores del proyecto. Durante la mediación, ambas, víctimas y perpetradores tienen la oportunidad de hacer preguntas, dar explicaciones y expresar sus sentimientos. El objetivo del encuentro es llegar a un acuerdo, que no está limitado y puede significar cualquier cosa, desde una reparación monetaria hasta una disculpa de parte del responsable. Cada parte puede aceptar o rechazar cualquier oferta. Si no se llega a un acuerdo, la mediación es detenida y el menor recibe otra sanción, como el servicio comunitario. El segundo tipo de mediación, la mediación indirecta, es menos común en América del Norte⁴⁶. No requiere un encuentro cara a cara entre la víctima y el perpetrador. En vez de ello, el mediador actúa como un ir entre, en comunicación con la víctima y el responsable por separado. Es una alternativa práctica si hay alguna razón por la que la víctima no desea encontrarse con el responsable.

La Ley Orgánica 5/2000 española, del 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores; advierte en su Exposición de Motivos la importancia de la reparación del daño y la conciliación del delincuente con la víctima. Presentan dice- el común denominador de que el ofensor y perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción

⁴⁶ Wemmers & Canuto, 2002.

psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado⁴⁷.

Como ejemplo de la utilización de los principios de justicia restaurativa, se puede citar el sistema de justicia penal juvenil de Nicaragua, que tuvo su Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado en el 1998. En este sistema, los fiscales procuran la utilización de la conciliación para ventilar una gran parte de los asuntos bajo el control del juez y evitar el sometimiento del joven a todo el procedimiento judicial. Asimismo, los fiscales evitan siempre solicitar la privación de libertad al juez y, a fin de no vulnerar los derechos de la víctima, consultan si esta estaría de acuerdo con otro tipo de sanción, salvo cuando se trate de delitos extremadamente graves.

También en el sistema irlandés de justicia penal juvenil la justicia restaurativa tiene un papel importante. Una de las formas de tratar la problemática del adolescente en conflicto con la ley son las Conferencias Juveniles, o sea, una reunión o conjunto de reuniones para deliberar sobre como se debe tratar el niño en conflicto con la ley penal en el caso específico, en la cual participan obligatoriamente un coordinador, el adolescente, un oficial de policía y los padres o responsables. Pueden también participar la víctima y el asesor legal del adolescente. Tales conferencias pueden determinar que el adolescente se disculpe con la víctima, la reparación simbólica del daño, el pago de los perjuicios a la víctima, la obligación de estar bajo la vigilancia o supervisión de un adulto, la realización de servicios a la comunidad, la participación en algunas actividades específicas, la observación de reglas de conducta y el tratamiento mental o para la dependencia del alcohol y las drogas.

5.- APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURADORA EN LAS REPARACIONES EN CASOS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Según la tesis clásica del derecho internacional público la *“reparación es la consecuencia principal de la responsabilidad internacional del Estado”*⁴⁸. La naturaleza de dicho efecto es de carácter compensatorio y no punitivo, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia⁴⁹. Atendida su naturaleza compensatoria y no punitiva, el límite establecido para la reparación es el perjuicio causado por el ilícito cometido, es decir, en la especie se recurre al *«principio de la equivalencia de la reparación con el perjuicio»*⁵⁰.

La reparación consiste en restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible y en indemnizar —a título de compensatorio— los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial como extrapatrimonial.

⁴⁷ Fernando Suanzes Pérez, *op. cit.*, p. 3316.

⁴⁸ M. Monroy C., *Derecho Internacional Público*. 2a. Edición, Santiago de Chile: Temis. 1986, p. 272.

⁴⁹ CIJ, *Caso Estrecho de Corfú*, sentencia de 9 de abril de 1949.

⁵⁰ M. Monroy C., *op. cit.*, nota 55, p. 272.

Este concepto de reparación es clave, toda vez que a partir de su aplicación en cada caso podremos determinar cuáles son los elementos que deberán contemplarse para efectivamente borrar los efectos del hecho ilícito, ya sea por la vía de la restitución de las condiciones anteriores o por la vía de la indemnización compensatoria. En materia de derechos humanos y en particular en lo que dice relación con las reparaciones, es fundamental mirar el tema desde la óptica de la víctima, esto es, mirar cómo se puede restituir a la persona afectada en sus derechos fundamentales, cómo puede el derecho restablecer la situación, no solo patrimonialmente, sino que integralmente, mirando a la persona como un todo⁵¹.

5.1.- La obligación del Estado de penalizar las violaciones de derechos humanos como expresión del derecho a la víctima a conocer la verdad de los hechos

Desde sus primeros casos contenciosos, la Corte Interamericana ha sostenido, en *jurisprudencia constante*, que conforme los artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) el Estado asume dos obligaciones genéricas; por un lado, se sitúa en un deber de garante de los derechos humanos por el cual debe organizar todo su aparato gubernamental para ser capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁵²; y, por otro lado, asume una obligación de no hacer, esto es, no vulnerar los derechos humanos. En ambos supuestos el Estado se obliga a prevenir razonablemente las violaciones de derechos humanos; así, cuando este deber de garante falla y el Estado es el perpetrador de graves violaciones de los derechos humanos, incurre en responsabilidad internacional y surge para éste la obligación de investigar, procesar y sancionar a los responsables individuales de los hechos y asegurar a las víctimas una adecuada reparación⁵³. Surgida esta obligación el Estado no puede sustraerse de la misma aduciendo disposiciones de derecho interno para proteger a sus agentes cuando éstos violen los derechos humanos⁵⁴. Además, el Estado no puede sustituir ese deber con el pago de las reparaciones que pudiera dar a las víctimas de la violación, aunque las víctimas renuncien a las reparaciones o a la persecución de los responsables individuales⁵⁵.

Por ello, cuando existan en el derecho interno disposiciones que impidan al Estado cumplir con el *deber de justicia penal*, en virtud de lo dispuesto por una norma del derecho internacional consuetudinario y del artículo 2 de la CADH, debe proceder a la remoción de esos obstáculos legales o fácticos y a la implementación de los mecanismos necesarios para cumplir cabalmente con el encauzamiento y sanción de los responsables individuales de los derechos

⁵¹ Claudio Nash Rojas, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia sobre reparaciones*, Santiago: Universidad de Chile – Centro de Derechos Humanos, s.a., p. 23.

⁵² Cf., CteIDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 166, y *Caso Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, párrafo 175.

⁵³ CteIDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, *op.cit.*, pár 174. *Caso Godínez Cruz*, *op. cit.*, pár. 184. Cf., CteIDH, *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de agosto de 1998, párrafo 71.

⁵⁴ FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Aspectos institucionales y procesales*. San José: IIDH, 1999, p. 83.

⁵⁵ Cf., CteIDH, *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, *op. cit.*, pár. 72.

humanos⁵⁶. Así, por ser una obligación derivada de normas consagradas en la CADH, la Corte Interamericana tiene la obligación de examinar de oficio la compatibilidad de aquellas disposiciones con la CADH⁵⁷. Por ello, en el caso *Barrios Altos*, la Corte decidió que “*son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”.⁵⁸ De allí que, cuando el Estado no investiga ni sanciona a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos vuelve a incurrir en responsabilidad internacional.⁵⁹

Finalmente, esta obligación internacional se deriva del derecho individual y colectivo a la verdad, construido jurisprudencialmente por Corte Interamericana. La cual ha precisado que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que prescriben los artículos 8 y 25 de la CADH.⁶⁰ Así, la Corte Interamericana constató que “*las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente*”⁶¹.

5.2.- El derecho a conocer la verdad de los hechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú

Ahora bien, el Tribunal Constitucional del Perú no ha sido ajeno al desarrollo de las modernas tendencias de la justicia internacional y ha reconocido que el Estado se encuentra en la obligación de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos. Así, en el *Caso Villegas Namuche*, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “*corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración*

⁵⁶ Cf., CteIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafo 207. Cf., CteIDH, *Caso Garrido y Baigorria*, *Reparaciones*, op. cit., párrafos 68 y 69.

⁵⁷ Cf., CteIDH, *Caso Cantoral Benavides*, *Excepciones Preliminares*, Sentencia de 3 de septiembre de 1998, párrafo 46.

⁵⁸ CteIDH, *Caso Barrios Altos*, Sentencia de Fondo de 14 de marzo de 2001, párr. 41.

⁵⁹ Cf., CteIDH, *Caso Barrios Altos*, *Interpretación de la Sentencia de Fondo*. (Art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 3 de septiembre de 2001.

⁶⁰ Cf., CteIDH, *Caso Barrios Altos*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párrafos 47 y 48. Cf., *Caso Bámaca Velásquez*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 201.

⁶¹ Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos*. op. cit., párr. 43.

*de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe los valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia*⁶².

En la misma forma, en el caso Vera Navarrete, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “La gravedad de estas conductas [violaciones a los derechos humanos] ha llevado a la comunidad internacional a plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona sus responsabilidades en graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones producidas”.⁶³ Estableciendo como principio que el Estado se encuentra en la obligación de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos.

Además, en el *Caso Villegas Namuche* el Tribunal Constitucional estimó que se había violado el derecho a la verdad y dispuso que el Ministerio Público inicie la investigación correspondiente, ponderando que: “La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable. Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas”.⁶⁴ Configurándose de esta manera el derecho colectivo a la verdad.

5.3.- Jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de otras formas de reparación

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que: El artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de este por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación. Dicha responsabilidad internacional es distinta a la responsabilidad en el derecho interno.

⁶² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Caso Villegas Namuche*, Exp. 2488-2002-HC/TC, Sentencia de 18 de marzo de 2004, párrafo 23.

⁶³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Caso Vera Navarrete*, Expediente N° 2798-04-HC/TC, Sentencia de 9 de diciembre de 2004, párrafo

⁶⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Caso Villegas Namuche*, op. cit., párrafo 23. Además, *Caso Peter Cruz Chávez*, Exp. N° 2529-2003-HC/TC, Sentencia de fecha 2 de julio de 2004 y *Caso José Domínguez Berrospi*, Exp. N° 1441-2004-HC/TC, Sentencia de 22 de julio de 2004.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha precisado que: la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esta posible, cabe el Tribunal Internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados se reparen las consecuencias que provocaron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación de los daños ocasionados u otros modos de satisfacción. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno.

En ese sentido, también ha señalado la Corte que: las reparaciones como el término lo indica, consisten en las medidas que tienen a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado tanto en los planos material como inmaterial. Las reparaciones no puede implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.

Ha definido el daño material como aquel que supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario causada por las violaciones a los derechos humanos (o en su caso del o los delitos cometidos).

Y, según la Corte Interamericana, el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas por la violación como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas. Como no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, resulta pertinente proveerse de otras vías a la reparación integral del daño causado. En primer término, mediante el pago de una cantidad de dinero que el tribunal determina en ejercicio razonable del arbitrio judicial, conforme a consideraciones de equidad. En segundo lugar, a través de actos u obras de alcance o repercusión públicas, como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir. Estos actos pretenden la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos.

En algunos casos, la Corte Interamericana avanzó en una dirección interesante a decir de **GARCÍA RAMÍREZ**, cuando dispuso medidas de protección y desarrollo que exceden las meras indemnizaciones y su repercusión en el cuidado de aquellas. Así ha ocurrido sobre todo en víctimas menores de edad. El tribunal ordenó que se rehabilitaran y pusieran en operación el centro escolar y la unidad e atención médica que prestan servicios a la comunidad en la que residen las víctimas para que éstas y muchas otras personas cuenten con tales servicios indispensables para su desarrollo personal y a la vez su desarrollo colectivo⁶⁵.

⁶⁵ Así lo señala citando la sentencia de reparaciones del caso Aloeboetoe, Sergio García Ramírez, *op. cit.*, p. 318.

5.4.- Casos de judicialización de casos de violaciones de Derechos Humanos donde sólo se ha aplicado justicia retributiva

Como anota **TALAVERA** como muestra palmaria del trabajo de la Sala Penal Nacional y de los Juzgados Supraprovinciales es el caso destacar las sentencias de los casos *Lucanamarca* y *Ernesto Castillo Páez*, el primero con la condena a cadena perpetua a los miembros de la Dirección Central de Sendero Luminoso, el segundo con la condena a dieciséis años de pena privativa de libertad para cuatro miembros de la Policía Nacional. Por otro lado, es menester destacar, también, el eficiente papel de los Juzgados Penales Supraprovinciales a cargo de los casos *El Frontón*, *Accomarca*, *Cayara* y *Castro Castro*, entre los más relevantes, en los cuales las instrucciones se han llevado a cabo con la prolijidad del caso.⁶⁶

En ellos, los jueces han practicado las diligencias pertinentes en el lugar de los hechos, sin que haya sido necesario un masivo desplazamiento de las decenas de testigos, en especial de familiares de los agraviados en sus derechos humanos.

Sin embargo, aunque ha establecido que en materia de reparaciones para las víctimas de violaciones de derechos humanos, la Sala Penal Nacional en resoluciones del 11 de enero de 2006 y 20 de marzo de 2006, estableció que el Estado tiene responsabilidad civil, sobre la base del artículo 1981 del Código Civil: «[...] *aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último si ese daño se realizó en ejercicio del cargo en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria*».

En el tema concreto de la reparación en caso de violaciones a los derechos humanos en donde no hay sentencias de la Corte Interamericana, los tribunales nacionales han limitado su marco de acción al establecer reparaciones pecuniarias en el marco de los criterios del Código Civil, es decir, bajo una concepción de justicia retributiva.

⁶⁶ TALAVERA ELGUERA, Pablo. La experiencia judicial en el procesamiento de las violaciones de derechos humanos. En: MACEDO, Francisco (Coordinador) Los caminos de la Justicia Penal y Derechos Humanos. Lima: PUCP, 2007, pp. 221 y ss.

CONCLUSIONES

1. En la última década la lógica y los principios de nuestro proceso inquisitivo reformado o mixto, han sido penetrados lentamente por instituciones (y principios) del sistema acusatorio, que varían la lógica de la persecución del delito, de su investigación y de su juzgamiento. Éstas son las directrices que abren la puerta a instituciones de la denominada justicia penal negociada, y a la *justicia restauradora*, movimientos que pretenden recuperar el control de la resolución del conflicto penal para los actores primigenios del mismo que son el imputado y la víctima.
2. La justicia negociada es la expresión más extendida de la *Justicia Restaurativa* y constituye la posibilidad de producir la reintegración social de los delincuentes y responder a las necesidades de las víctimas, en el marco de los valores de la comunidad.
3. En el viejo modelo reformado o mixto, presente en nuestro Código de Procedimientos Penales, aún vigente, la víctima no puede participar plenamente en el proceso penal para la determinación de la responsabilidad penal del imputado, sólo puede participar para hacer alegaciones y probar la reparación civil que a su vez se encuentra inmersa en los criterios civilistas de reparación del daño por responsabilidad civil extracontractual.
4. Debe haber un cambio del rol de la víctima en el proceso penal y que se le considere como verdadera parte procesal que pueda hacer alegaciones y aportar pruebas no sólo sobre la reparación civil, sino sobre la responsabilidad penal del imputado, sin embargo en cuanto a la participación de la víctima en el Nuevo Código Procesal Penal se conservan los viejos esquemas del modelo anterior.
5. La *reparación integral* hace referencia, por un lado, al esclarecimiento de la verdad de los hechos, a la aplicación de la justicia y las reformas institucionales; y por otro, al necesario balance que debe existir entre las reparaciones materiales y las simbólicas así como entre las reparaciones individuales y colectivas.
6. La mediación y otros procesos de consenso, ofrecen herramientas para favorecer un cambio en la justicia penal, retornando a la responsabilidad de las comunidades, que participan diseñando planes apropiados para la satisfacción de la víctima, del ofensor y de la propia comunidad. La participación de la víctima en momentos previos al inicio de un proceso y las reparaciones integrales en el marco de la mediación dejarían atrás la idea de

la víctima como la parte olvidada del proceso, incidiendo en el hecho que una reparación en el marco de un acuerdo reparatorio no excluye su integralidad sino que debe ser la base sobre la que se realiza la mediación y cualquier otro tipo de acuerdo penal.

7. Los principios y obligaciones internacionales que rigen la actuación estatal en la administración de la responsabilidad penal juvenil inciden en la satisfacción de las necesidades de la víctima y la sociedad.
8. La reparación en casos de delincuencia juvenil, se presenta en muchas de las técnicas de negociación de acuerdos entre la víctima y el delincuente juvenil, la idea central es que se busque resolver el conflicto que incluye la reparación el daño sufrido por la víctima, alcanzando un resultado que sea percibido como justo por ambos. El rasgo característico es que la participación es voluntaria y los actores tienen la oportunidad de expresar sus sentimientos y percepciones respecto al delito.
9. El Estado asume dos obligaciones genéricas en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, una como garante y otra de no vulnerar los derechos humanos, cuando este deber de garante falla y el Estado es el perpetrador de graves violaciones de los derechos humanos, incurre en responsabilidad internacional y surge para éste la obligación de investigar, procesar y sancionar a los responsables individuales de los hechos y asegurar a las víctimas una adecuada reparación.
10. En el tema concreto de la reparación en caso de violaciones a los derechos humanos en donde no hay sentencias de la Corte Interamericana, los tribunales nacionales han limitado su marco de acción al establecer reparaciones pecuniarias en el marco de los criterios del Código Civil, es decir, bajo una concepción de justicia retributiva.
11. Frente a seguir con una idea retributiva del proceso penal respecto a la víctima, mediante sólo la indemnización pecuniaria de carácter civil, es necesario evolucionar hacia un sistema basado en la justicia restauradora y en la justicia negociada, que procura una reparación integral a la víctima y que a su vez satisface a la comunidad al contener reparaciones de diversa índole, dándole al imputado la oportunidad de resarcir el daño cometido y darse cuenta de las consecuencias de sus actos, prometiendo no volver a cometerlo.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias:

Canada, Departamento de Justicia, The Youth Criminal Justice Act: Summary and Background, 2004. <<http://canada.justice.gc.ca/en/ps/yj/ycja/explan.html>>

Código de Procedimientos Penales peruano, 1942.

Código Procesal Penal, 2004.

Código Penal peruano, 1991.

Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Convención sobre Derechos del Niño, 1989.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, Resolución 45/112 de la Asamblea General);

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 (2005).

Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000).

Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Principios Básicos de Justicia Restaurativa.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Resolución 45/113 de la Asamblea General).

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, Resolución 40/33 de la Asamblea General);

Fuentes secundarias:

ALONSO RIMO, Alberto. *Víctima y sistema Penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2002.

ARANELLA. "Rethinking the Functions of Criminal Procedure". *The Warren and Burger Courts Competing Ideologies, The Georgetown Law Journal* 72, 1983, N° 2.

ASHWOTRH, A., "Responsibilities, Rights and Restorative Justice", *The British Journal of Criminology, Special Issue*, vol. 42, N° 3, 2002, p.578.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Criminología y victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito*. Bogotá: Leyer, 1998.

CERETTI, A. *et al.*, "Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto". En: Scaparro, Fulvio. *Il coraggio di mediare*. Milan: Guerini e Associati, 2001.

CHRISTIE, N., "Conflicts as Property", *British Journal of Criminology*, vol. 17, n° 1, Trad. Al español, en MAIER, J., (comp.). *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc., 1992.

CAFFERATA NORES, José. *Temas de Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

----- *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

CRAWFORD, Adam: "Salient Themes Towards a Victim Perspective and the Limitations of Restorative Justice: Some Concluding Comments" en Adam Crawford and Jo Goodey (eds.) *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice: International Debates*, Ashgate, Aldershot, 2000, pp. 285-310.

DALY, Kathleen. "A tale of Two Studies: restorative Justice from a Victim's Perspective",
[Documento en línea]
<http://www.gu.edu.au/school/ccj/kdaly_docs/kdaly_part2_paper7.pdf>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Hacia un sistema de seguridad ciudadana. Lineamientos de trabajo*.
Lima, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille (dir.), *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia e Italia)*, trad. de Pablo Morenilla, Zaragoza: Edijus, 2000.

DÍAZ GUDE, Alejandra. "La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados". Ponencia sobre Justicia Restaurativa (mediación penal) III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos, CEJA – JSCA, p. 9.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José: IIDH, 1999.

FATTAH, Ezzat A. "Victims' rights: Past, present and future. A global view". En: Robert Cario y Denis Salas (Eds.). *Œuvre de Justice et Victimes*. Vol 1. Paris: L'Harmattan Sciences Criminelles, 2001.

GARCÍA-PABLOS, Antonio. *La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal*. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain. Donostia San Sebastián, 1989.

----- *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Banch. 1999.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos". *La jurisdicción internacional. Derechos Humanos y la justicia penal*. México: Porrúa, 2003.

----- Las reparaciones en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos. En Memoria del Seminario. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Tomo I, 2ª Ed. Costa Rica Noviembre de 1999.

HERMAN, Judith L. "The mental health of crime victims: Impact of legal intervention". *Journal of Traumatic Stress*, 16(2): 159-166.

HIGHTON, E. et al., *Resolución alternativa de disputas y Sistema Penal*. Buenos Aires. Ad Hoc, 1990.

- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Articles on State Responsibility. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eight session (1996). UN doc. A/51/10.
- JAKOBS, Günther. “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”. En: JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal enemigo*. Madrid: Thomson – Civitas, 2003, pp. 73 y ss.
- LARRAURI, E., “Tendencias actuales de la Justicia Restauradora”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.). *In Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 2004.
- LIND, E. Allan y Kees Van den Bos. “When fairness works: toward a general theory of uncertainty management”. *Research in Organizational behavior*. 24: 181-223.
- MAGUIRE, Michael. “The needs and rights of victims of crime”. En: Michael Tonry (Ed.). *Crime and Justice: A Review of the Research*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- MAIER, Julio. AMBOS, Kai y WOISCHNIK, Jan. *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Konrad Adenauer – Ad Hoc – Instituto Max Plack para Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2001.
- MÁRQUEZ Cárdenas, Álvaro. “La víctima en el sistema de justicia restaurativa”. *Revista Derechos y valores*. Universidad de Granada, pp. 91-110.
- MARSHALL, Tony y Susan Merry. “Crime and Accountability: Victim/Offender Mediation in Practice”. Londres: HMSO, 1990.
- MIERS, David. *An International Review of Restorative Justice*. London: Home Office, 2001.
- MINISTERIO DE JUSTICIA DE CANADÁ, en “Values and Principles of Restorative Justice in Criminal matters”, Ministerio de Justicia de Canadá, 2003.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho Internacional Público*. 2a. Edición, Santiago de Chile: Temis. 1986.
- MORRIS, Allison y Gabrielle Maxwell. “Implementing Restorative Justice: What works?”. En: Allison Morris y Gabrielle Maxwell (Eds.) *restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- NASH ROJAS, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia sobre reparaciones*. Santiago: Universidad de Chile – Centro de Derechos Humanos, [s.a.].

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO – UNODC. “Hacia un nuevo paradigma: miradas interdisciplinarias sobre modelos y metodologías. Justicia juvenil: retos y perspectivas a nivel internacional”. Ponencia del Foro sobre el menor infractor, Medellín, 12 de noviembre del 2004.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima: GRIJLEY, 2006.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. “El Derecho penal y procesal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”. En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coordinadores). *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Madrid-Barcelona: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset – Marcial Pons, 2004, pp. 693 y ss.

RAMÍREZ, Rodrigo. La victimología. Ed. Temis, Bogotá, 1983, pág. 34, Gimeno Sendra, Vicente y otros. Derecho Procesal. Proceso Penal. Tirant lo Banch, Valencia, 1993.

REEVES, Helen. “The victim support perspective”. En: Martin Wright y Burt Galaway (Eds.) *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community*. Londres: Sage Publications, 1989.

ROACH, Kent. *Due process and Victims' Rights: The New Law and Politics of Criminal Justice*, Toronto: University of Toronto Press, 1999.

RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *Victimología. Estudio de la víctima*. México D.F.: Porrúa, 1989.

----- *Criminología*. México: Ed. Porrúa, 1982.

SAMPEDRO, Julio Andrés. *La humanización del proceso penal*. Bogotá: Legis, 2002.

----- “¿Quiénes son las víctimas del delito? Redefinición del concepto desde la Victimología”. *Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Universidad Externado de Colombia – Bogotá. Vol. XXI, N° 67, setiembre/diciembre 1999.

SCHEFF, Thomas. “Community conferences: Shame and Anger in therapeutic jurisprudence”. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*. N° 67: 97-119.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 163 y ss.

SOLARI BRUMANA, Juan. *Reparación del daño del particular damnificado*. Buenos Aires: Depalma 1862.

SUANZES PÉREZ, Fernando. “La justicia restaurativa: normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores”. *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, pp. 3313-3332.

STRANG, Heather. “Repair or revenge: Victims and Restorative Justice”. Oxford: Clarendon Press, 2002.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. La experiencia judicial en el procesamiento de las violaciones de derechos humanos. En: MACEDO, Francisco (Coordinador) *Los caminos de la Justicia Penal y Derechos Humanos*. Lima: PUCP, 2007.

TUMARIT SUMALLA, Joseph. “La mediación reparatoria en la ley de responsabilidad penal del menor”. En: GONZÁLEZ CUSSAC et al. (Coords) *Justicia penal de menores y jóvenes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

TREVIÑO Vives, Carlos. “Reparaciones alternativas para el caso mexicano: hacia la socialización de las sentencias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Centro de Derechos Humanos de Nuremberg*.

UMBREIT, Mark. *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*. Monsey, NY: Criminal justice Press, 1994.

VAN BOVEN, Theo, “Reparations: a requirement of justice”, En Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Tomo I, 2ª Edición, Costa Rica, noviembre de 1999.

VAN NESS, D. Et al., “Introducing Restorative Justice”. En: Morris – Maxwell (ed), *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

-----“Perspectives of Achieving Satisfying Justice: Values and Principles of Restorative Justice”. *ICCA Journal of Community Corrections*, N° 8, 1997.

<<http://www.restorativejustice.org/rj3/Feature/August02/ECOSOC%20Acts.htm>>

VARONA MARTÍNEZ, Gema. *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares, 1998.

VIANO, Emilio. “Victims, offenders and the criminal justice system: Is restitution an answer?” En: Burt Galaway y John Hudson (Eds.) *Offender Restitution in Theory and Action*. Lexington, MA: Lexington Books, 1978.

WEMMERS, Jo-Anne. "Victims in the Dutch criminal justice system: The effects of treatment on victims' attitudes and compliance". *International Review of Victimology*. 3: 323-341.

----- y Katie Cyr. "What fairness means to crime victims: a social psychological perspective on victim-offender mediation" [Documento en línea]<http://www.gencat.net/justicia/doc/doc_26669004_1.pdf>

----- y CYR, Katie. "Can Mediation Be Therapeutic for Crime Victims? An Evaluation of Victims' Experience in Mediation with young offenders", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, N° 47, 3, julio 2005, pp. 527-544.

----- y CYR, Katie. "What fairness means to crime victims: a social psychological perspective on victim-offender mediation", *Applied Psychology in Criminal Justice*, 2(2), 2006, pp. 102-128.

WEXLER, David y Bruce Winnick. *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 1996.

YACOBUCCI, Guillermo, "Política criminal y delincuencia organizada". En: ID (Coordinador). *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*. Buenos Aires: Ábaco, 2005.

ZEHR, Howard. *The little book of Restorative Justice*. Intercourse. PA: Good Books, 2002.

-----*Changing lenses: a new focus for crime and Justice*. Scottsdale: PA Herald Press, 1990.

ZÚÑIGA, Laura. *Política criminal*. Madrid: COLEX, 2001, p. 271.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA,

Caso Estrecho de Corfú, sentencia de 9 de abril de 1949.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988.

Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989.

Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de agosto de 1998.

Caso Cantoral Benavides, Excepciones Preliminares, Sentencia de 3 de septiembre de 1998.

Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Caso Barrios Altos, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

Caso Barrios Altos, Interpretación de la Sentencia de Fondo. (Art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 3 de septiembre de 2001.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso Villegas Namuche, Exp. 2488-2002-HC/TC, Sentencia de 18 de marzo de 2004.

Caso Peter Cruz Chávez, Exp. N° 2529-2003-HC/TC, Sentencia de fecha 2 de julio de 2004.

Caso José Domínguez Berrospi, Exp. N° 1441-2004-HC/TC, Sentencia de 22 de julio de 2004.

Caso Vera Navarrete, Expediente N° 2798-04-HC/TC, Sentencia de 9 de diciembre de 2004.

Enlaces Web

Centres for Victim Assistance (CAVAC) Quebec, Canada
<www.cavac.qc.ca/english/index.html>

**UNIDAD II: JUSTICIA RESTAURATIVA E INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES**

Mazo Álvarez, Héctor Mauricio. La mediación como herramienta de la justicia restaurativa.

*La mediación como herramienta de la justicia restaurativa**

Héctor Mauricio Mazo Álvarez**

Recibido: febrero 17 de 2013

Aprobado: marzo 22 de 2013

Resumen

La mediación se ha propuesto durante los últimos años como una herramienta de diálogo muy útil para la resolución de conflictos y la pacificación de la sociedad, cobrando una importancia creciente en los sistemas penales y penitenciarios de Colombia. La mediación, junto a la justicia restaurativa, es la apuesta de una sociedad que quiere salir de un sistema penal altamente congestionado y de una cultura jurídica que en muchas ocasiones confunde responsabilidad ética con responsabilidad civil. La mediación propone, por medio del diálogo, el cultivo de la empatía en los procesos de resolución de problemas.

Palabras clave: mediación, justicia restaurativa, sistema penal, víctima y delito.

* Artículo fruto de la investigación "La mediación como mecanismo de la Justicia Restaurativa", financiada por la Corporación Universitaria Remington y finalizada en agosto de 2011. El autor participó en calidad de investigador principal.

** Psicólogo, filósofo, magíster en Filosofía y aspirante al Doctorado de Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana. Miembro del grupo GIFICUR, línea estudios socio políticos de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas y sociales de la Corporación Universitaria Remington. Email: juridicas.investigador01@remington.edu.co

Mediation as a Tool of Restorative Justice

Abstract

Mediation has been proposed during the last years as a very useful dialog tool for conflict resolution and society pacification; it has shown a growing significance in criminal and penitentiary systems in Colombia. Mediation, together with restorative justice, is the response for a society willing to get rid of a highly crowded criminal system and a legal culture in which ethical responsibility and civil liability are confused most of the time. Mediation proposes cultivation of empathy in conflict resolution processes through dialog.

Kew words: mediation; restorative justice; criminal system; victim, crime.

Introducción

La violencia sistemática que ha sufrido Colombia a lo largo de su historia es motivo de análisis y discusión, e incluso, de propuestas de solución por parte de propios y extraños. Para algunas personas, no obstante, los reiterados males que aquejan a la sociedad han llevado a que esta desarrolle un sentimiento de indiferencia frente a los problemas y, en algunos casos, de indolencia generalizada. Son tan numerosos los problemas que enfrenta el país, y algunos de ellos son tan graves, que puede llegar a pensarse que Colombia está condenada irremediablemente a vivir bajo condiciones adversas. No obstante, todavía es posible preguntar: ¿será que la sociedad colombiana ha aprendido a vivir en la desesperanza?

El informe de Amnistía Internacional de 2010¹ dice que en febrero de ese mismo año se hizo referencia al conflicto armado interno que hace rato no distingue entre combatientes y población civil, lo cual ha provocado desplazamientos forzados (se calcula que en 2010 hubo 280.000 personas desplazadas), homicidios (en noviembre de 2010 el defensor del pueblo expresó su preocupación por el aumento en el número de masacres en 2010), secuestros y desapariciones forzadas. Ello está acompañado por la violación permanente de derechos humanos a las comunidades indígenas, grupos afrodescendientes y grupos campesinos; según la Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC², por ejemplo, en 2010 murieron de forma violenta 122 indígenas.

Otro de los problemas que contempló el informe de Amnistía Internacional fue el de la impunidad. Aunque en 2010 hubo sentencias judiciales importantes en relación con los derechos humanos, como la del 10 de septiembre donde seis soldados fueron condenados por la

jueza segunda penal especializada de Popayán a penas de 40 años de prisión por el asesinato del esposo de una dirigente indígena en 2010, o la condena de 30 años de prisión que confirmó la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá al coronel retirado Plazas Vega, a comienzos de 2012, la mayoría de los autores de abusos contra los derechos humanos siguieron eludiendo la acción de la justicia. Varios defensores de derechos humanos también fueron asesinados, igualmente, sin que se esclarecieran los hechos de los crímenes.

El Proceso de Justicia y Paz siguió incumpliendo con las normas internacionales sobre el derecho a la verdad, la justicia y la reparación por parte de las víctimas. Dicho proceso sirvió para que muchos paramilitares se entregaran a la justicia colombiana y obtuvieran rebajas de penas confesando la violación de derechos humanos y entregando las armas; y para que muchos otros recibieran amnistía de facto. Hasta finales de 2010 solo había tres paramilitares juzgados por un juez del Tribunal de Justicia y Paz por violación de derechos humanos y en febrero de 2012 la Corte Suprema de Justicia de Colombia se negó a autorizar más extradiciones de paramilitares a Estados Unidos, alegando que los jefes paramilitares no estaban cooperando con la justicia colombiana en su investigación sobre violaciones de derechos humanos, en términos de reparación, aplazando la promesa hecha por el presidente Santos en su condición de candidato presidencial de devolver las tierras a sus legítimos dueños.

La Ley 975 de 2005 (República de Colombia, 2005), que tiene por objeto facilitar los procesos de paz y reincorporación a la vida social de individuos o grupos al margen de la ley, dio lugar a una nueva concepción de la justicia, y más específicamente de la justicia social. Se trató de una ley que buscaba garantizar un marco legal para comenzar a construir una sociedad sobre las bases de la paz y el respeto, estableciendo como principios rectores el derecho a la verdad,

¹ Al respecto puede consultarse <http://cms.onic.org.co/>

² Ver <http://cms.onic.org.co/>

la justicia y la reparación que deberían tener todas las víctimas del conflicto en Colombia. Lo que se ha buscado con esta ley es construir un proceso de reconciliación nacional. De ahí la importancia que cobra la mediación en materia de resolución de conflictos y los objetivos que se propone.

Por ahora, no se niega aquí la necesidad de que como sociedad se busque una salida pacífica o negociada a los conflictos. Tantos años de guerra han desgarrado el corazón de las familias colombianas y es allí, en medio de este panorama desolador, donde aparece la necesidad de escuchar a las víctimas, a los victimarios y a la sociedad civil en general; en este contexto aparece la mediación como posibilidad. El pasado es historia y como tal merece una memoria que garantice no repetir aquello que no se debe repetir, pero el presente es la posibilidad abierta que la sociedad posee para construir su futuro.

Es posible que la habilidad que se tenga para enfrentar los conflictos determine el lugar de la sociedad colombiana en el futuro. Las anteriores cifras de desplazamiento, homicidios y delitos sin castigo pueden aumentar la desesperación, el desamparo y el desconsuelo de una sociedad que se siente abatida y fatigada con una lucha por el respeto a la vida y los derechos humanos. Y aun cuando el asunto en general parezca muchas veces el de quijotes peleando contra molinos de viento, lo cierto es que la lucha por el futuro es compartida entre víctimas, victimarios y sociedad civil. Esta investigación se desarrolló con el método histórico hermenéutico y el análisis documental.

1. Hacia una definición del concepto de mediación

Hay un mecanismo que aparece bajo las teorías de la justicia restaurativa y la resolución de conflictos, denominado mediación, y que podría ser útil frente a la situación que vive la sociedad colombiana y frente a las necesidades

que se le plantean de cara a su conflicto. Dice Suares: "La mediación es un dispositivo no adversarial de resolución de disputas, que incluye un tercero neutral cuya función es ayudar a que las personas que están empantanadas en la disputa puedan negociar en forma colaborativa y alcanzar una resolución de la misma" (Suárez, 2003, p. 28-29).

Al decir que la mediación es un dispositivo "no adversarial", la definición plantea que los participantes del conflicto están llamados a identificar los intereses que se tienen en común. Es frecuente encontrar que se tienen posiciones frente a los problemas, pero estas posiciones no son en realidad más que el ropaje de los intereses compartidos en común. Cuando se parte de los propios deseos, o en este caso de los propios intereses, es muy difícil comprender al otro.

Por otro lado, es interesante señalar que una forma de comenzar la discusión acerca de la mediación es buscando los orígenes semánticos de la palabra. En ese sentido, la etimología de la palabra mediación dice que viene del latín *Mediatio*, -onis, y que significa: 1. F. Acción y efecto de mediar. Y por mediar se entiende: 2. Intr. Interceder o rogar por alguien. 3. Intr. Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.

De este modo, la mediación puede ser entendida como la herramienta que pone a un tercero neutral en medio de dos o más partes en conflicto.

Una de las preguntas que siempre ha animado la discusión de las personas que participan en un conflicto tiene que ver con la responsabilidad y administración de la justicia frente a los mismos. De los modelos conmutativo-retributivos de las primeras sociedades, expresados hoy bajo el dicho de "ojo por ojo, diente por diente", se ha pasado a los modelos de justicia retributivos propios de la Modernidad, donde la justicia está a la cabeza del Estado y es este quien tiene la

responsabilidad de administrarla (el encuentro del victimario se realiza con el Estado, de modo que la víctima permanece excluida de dicho encuentro). Britto Ruiz precisa lo siguiente con relación a ello:

Hasta el momento en la mayoría de las sociedades modernas el modelo de justicia que se aplica es el denominado justicia retributiva, es decir, la justicia que establece una relación entre el infractor y la sociedad a través de los organismos del Estado que imponen una sanción, en ese sentido el infractor no llega a sentir los verdaderos alcances de su acción y de qué manera ha dañado a la sociedad o a la víctima. Desde dicha perspectiva es muy poco probable que se cuestione sobre sus acciones y procure evadir o minimizar el castigo, a esto se suma el hecho de que las instituciones de reclusión no alcanzan a lograr el objetivo de rehabilitación, lo que genera que cada vez más los delincuentes se distancien de la comunidad y sean excluidos (Britto, 2006, p. 92).

Aunque es cierto que en los actuales sistemas de justicia podría leerse una evolución que apunta a garantizar la sanción de conductas punibles³, a castigar a los victimarios y a propender por su reinserción en la vida social así como a la sostenibilidad de cierto orden social, queda como gran interrogante si los propósitos de dicho sistema se cumplen a cabalidad: ¿en verdad se logra la reinserción a la vida social de los victimarios?, ¿la pena logra concienciar al victimario del daño social ocasionado con el delito? En el actual sistema de justicia colombiana lo que posiblemente deba tenerse en cuenta y considerarse son una serie de mecanismos que ayuden a cumplir los propósitos de la pena antes señalados. Uno de esos mecanismos sería la mediación, como lo propone Del Val:

Las ventajas de la mediación en materia penal –justicia restaurativa– es que el acuerdo autocompuesto conforme a la ley, incluyendo la reparación y el perdón, dan resultados más eficientes que la tradicional respuesta punitiva que hasta la actualidad solo demostró el fracaso de las instituciones carcelarias como espacio de rehabilitación social [...] en definitiva, la mediación es un proceso de justicia restaurativa, que tiene en cuenta la prevención del delito desde la mediación (Del Val, 2006, p. 67).

En Colombia, la Ley 975 de Justicia y Paz de 2005 (República de Colombia, 2005) abrió la posibilidad de pensar la justicia restaurativa como mecanismo alternativo y no paralelo al modelo de justicia retributiva que se tiene en el país, confiriéndoles un lugar diferente a las víctimas y a la reparación a la que estas tienen derecho. El propósito de la justicia restaurativa es que, por medio de la verdad, la justicia y la reparación, se restituya el lugar de la víctima y que el victimario comprenda el daño que realizó a las personas y a la sociedad. La mediación como herramienta de la justicia restaurativa es “un sistema de regulación de conflictos totalmente abierto a diferentes interpretaciones. Lo que es cierto es que existen múltiples escuelas y teorías sobre lo que se entiende por mediación y, en consecuencia, diversas definiciones del concepto” (Gordillo, 2007, p. 182). De allí que el concepto sea de alguna medida polisémico, y se haga necesaria su discusión.

En el contexto actual, es claro que la mediación deberá cumplir con los propósitos de una sociedad que busca solucionar sus conflictos y apaciguar el dolor y la angustia de sus víctimas, y deberá hacerse desde el marco de actuación de la justicia restaurativa. De ahí lo que señalan Segovia y Ríos:

A nuestro juicio, sigue siendo verdad que “una buena teoría es condición de posibilidad de una buena praxis”. Por eso, el horizonte desde el que hay que

³ El artículo 4 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) refiere de las funciones de la pena prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (República de Colombia, 2000).

contemplar la mediación –especialmente ante su eventual traducción al derecho procesal– es el de la justicia restaurativa. Ésta supone una concepción fuerte, abierta y positiva del ser humano, de la sociedad y “otra” idea de Justicia de contornos todavía no perfectamente definidos, pero claramente perfilables [sic] por oposición a la justicia retributiva y que van siendo traducidos en documentos y prácticas de los organismos especializados de la Organización de Naciones Unidas (Segovia & Ríos, 2008, p. 79).

La justicia restaurativa no es solo una apuesta para el contexto de violencia que tenemos, ha mostrado sus fortalezas y sus debilidades en otros escenarios. Lo importante es tener claro cuáles son sus alcances y los propósitos de la implementación de los mismos. No es inútil advertir que las sociedades problematizadas por conflictos han encontrado en la justicia restaurativa un modelo interesante para pacificarse, y uno de los mecanismos que ha sido compatible con los principios de dicha justicia restaurativa ha sido el de la mediación. Como lo indica Larrauri, “La mediación víctima-delincuente tiende a ceder paso a las llamadas “conferencias restauradoras” que se distinguen de la mediación porque pretenden una mayor incorporación de la comunidad próxima a la víctima y al infractor” (Larrauri, 2004, p. 57).

La necesidad de buscar solución a los conflictos siempre ha acompañado a los hombres. Por ende, la mediación de personas en las diferentes problemáticas tampoco es algo novedoso en términos históricos. Así, por ejemplo, una anécdota muy conocida del rey Salomón tiene que ver con su participación en la disputa entre dos madres solteras que compartían una habitación cuando cada una de ellas dio a luz un niño, el mismo día. Durante la noche, una de las madres giró por accidente en su cama, asfixiando a su bebé. Al despertarse, en medio de la oscuridad, vio que su hijo yacía frío e inmóvil, por lo que tomó al bebé de su compañera de cuarto, que

aún dormía, y puso al bebé muerto en su lugar. Posteriormente la otra mujer despertó y, viendo al bebé muerto, comenzó a llorar por el dolor de su pérdida. Pero después examinó al niño y se dio cuenta de que no era el suyo, comprobando cómo en el otro lado de la habitación estaba su bebé junto a su compañera. Ambas madres se presentaron ante el rey, alegando que cada una era la madre del niño que aún se encontraba con vida, y el rey Salomón decidió cortar al niño en dos partes, dada la imposibilidad de que alguna de las dos mujeres aceptara que en realidad no era la madre original. Cuando pidió su espada para cortar en dos mitades al infante y entregarle cada parte a las mujeres, una de ellas dijo que no era la madre y el rey decidió entonces entregarle el niño a ella, entendiendo que solo la verdadera madre renunciaría al niño con el fin de no verlo muerto.

La historia trae innumerables reflexiones acerca de la necesidad que tienen las partes en conflicto de encontrar un tercero que medie entre ellas. Romero Navarro dice frente a la mediación lo siguiente:

La mediación no es un recurso nuevo para la resolución de los conflictos. Ha existido siempre. La historia está llena de ejemplos en los que algunas personas de la comunidad, como los líderes religiosos o personas con autoridad o influencias, actuaban como instancia directa cuando se acudía a ellos en busca de la resolución de los conflictos, cuando estos se presentaban. En la medida en que el Estado organiza y toma para sí la función de impartir justicia, la mediación va perdiendo el papel relevante que poseía (Romero, 2002, p. 32).

Es importante señalar que la mediación como mecanismo no tiene como propósito usurpar las funciones de los Estados y las instituciones que estos tienen para administrar la justicia. El concepto de justicia también tiene su propia historia y existen razones suficientes para pensar que su administración debe estar en cabeza

del Estado, aunque en algunas ocasiones se observa que este no logra atender o resolver de manera satisfactoria los conflictos que se presentan entre las partes. En estos casos específicos la mediación se presenta como una herramienta útil. Caireta Sampere la propone de la siguiente forma:

Entendemos la mediación como aquella técnica en que dos partes o más, involucradas en un conflicto, después de ensayar diferentes posibilidades concluyen que no pueden resolverlo solas y deciden pedir una tercera que les ayude en su proceso. Para que la mediación sea exitosa deben ocurrir dos cosas: que las necesidades contrapuestas se vean resueltas en lo más esencial y que la relación entre las partes salga reforzada (Caireta, 2008, p. 15).

Una de las partes más complejas en el tema de la mediación tiene que ver, posiblemente, con el papel del mediador y la neutralidad de este frente al conflicto y las partes. De ahí que su función sea de compañía. Su presencia acompaña a la búsqueda de respuestas, como lo indica Gozaini, sin que se convierta en juez:

A través de la mediación se persigue incorporar la denominada justicia coexistencial, donde el órgano actuante "acompañe" a las partes en conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de crisis. La mediación incorpora otro elemento objetivo para la solución del conflicto. Se trata de ejercer una tarea de saneamiento independiente en los intereses de cada parte (Gozaini, 2009, p. 97).

En cuanto a los intereses que tienen las partes, el papel de la mediación, y específicamente el mediador, es ayudar a que estas logren dar el salto de los intereses particulares a la identificación de las necesidades que las unen. Ripòl dice que "La mediación puede ser definida como una intervención en un conflicto o en una negocia-

ción por parte de una tercera persona aceptable a las partes, imparcial y neutra, sin ningún poder de decisión y que pretende ayudarlas a que ellas mismas desarrollen un acuerdo (una entente) viable, satisfactorio y capaz de responder a las necesidades de todos los miembros" (Ripòl, 2001, p. 44).

La mediación, desde sus posibilidades, puede referirse a la reparación del daño, a la restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; a la realización o abstención de determinada conducta, y a la prestación de servicios a la comunidad. Es importante señalar en este punto lo que dice Wilde: "La mediación nada tiene que ver con soluciones impuestas por una tercera persona ajena a las partes, sino que es una decisión emanada de ellas mismas, a la cual han arribado alentadas y ayudadas por un mediador" (Wilde, 2000, p. 9).

Obarrio, por su parte, habla de la mediación en estos términos: "Defino la mediación como un proceso en el que las partes en conflicto deciden intentar la búsqueda de una solución a sus intereses en pugna de una manera cooperativa, con la ayuda de un tercero llamado mediador" (Obarrio, 2009, p. 36). Queda claro, entonces, que la mediación es un concepto con diversas posibilidades interpretativas y que tiende a varios propósitos, propósitos y posibilidades que deben ser analizados con detenimiento de tal modo que pueda entenderse la dimensión real del concepto.

Una de las principales características de la mediación es que puede ser llevada a cabo por un servidor público o por un particular. Esta primera consideración la ubica por fuera de los mecanismos tradicionales de justicia, dando como resultado la descongestión del sistema judicial y evitando los altos niveles de corrupción del mismo. Además:

La mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular

o servidor público designado por el fiscal general de la nación o su delegado, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta... la mediación propicia el diálogo entre las víctimas, la comunidad y el infractor del hecho, facilita la búsqueda de una solución creativa y consiente, permite a los protagonistas conocer los hechos desde el punto de vista del contrario, de manera que las partes encuentren en la reconciliación una experiencia en donde tengan la sensación que los mismos están creando justicia en vez de, pasivamente, recibirla (Márquez, 2007, p. 208).

Es importante señalar la relación cercana que existe entre la mediación y la reparación. Podría decirse que toda mediación conlleva de una u otra forma un proceso de reparación. Díaz Cortés lo señala así: "Estamos frente a una relación medio y fin entre la mediación y la reparación, esto es, la mediación entendida como proceso a través del cual se puede llegar a un acuerdo, que puede ser de carácter preparatorio. En otras palabras, la mediación como un proceso dirigido a unos fines como la conciliación y reparación" (Díaz, 2009, p. 90). Moore también aporta elementos para la reflexión:

La mediación es una extensión y elaboración del proceso negociador. La mediación implica la intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutro, que carece de poder de decisión y habilitado para ayudar a las partes contendientes a alcanzar voluntariamente el arreglo mutuamente aceptable de los temas en discusión. Como en el caso de la negociación, la mediación deja el poder de decisión en manos de las personas en conflicto (Moore, 1986, p. 32).

Otro de los elementos fundamentales del mecanismo es la participación de un tercero diferenciado de las partes en conflicto. El mediador deberá ser una persona con la idoneidad para

manejar la situación y tener siempre presente que este mecanismo de resolución de conflictos parte de la voluntad de las partes para aceptarlo. Moore profundiza en el asunto así:

La mediación es un proceso voluntario en cuanto los participantes deben de estar dispuestos a aceptar la ayuda de un tercero. En general, se inicia la mediación cuando las partes ya no creen que puedan resolver el conflicto por sí mismos, y cuando el único recurso parece implicar la ayuda de un tercero imparcial (Moore, 1986, p. 32).

Muchas veces el reconocimiento de la incapacidad para resolver algún asunto vulnera el propio ego, de ahí que mecanismos como la mediación, la conciliación o el arbitraje sean una muy buena alternativa, pero cuando no los utilizamos adecuadamente nos pueden llevar a asumir una posición de escepticismo y negación frente a este tipo de herramientas. Touzard dice:

La intervención de una tercera parte, neutral, en el desarrollo de una negociación se refiere generalmente a tres puntos: conciliación, mediación y arbitraje. Conciliación y mediación definen dos situaciones afines, pero teóricamente distintas. La conciliación define una función menos activa por parte del tercero: consiste en juntar a las partes en unas circunstancias y en un ambiente más propicio para una discusión serena en busca de acuerdo (Touzard, 1981, p. 136).

En la conciliación se elabora el documento final, también llamado acta de conciliación, y es firmado por las partes y el conciliador. Dicho documento tiene efecto de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. Bajo estas consideraciones se entiende por conciliación una forma directa y civilizada de solucionar conflictos o diferencias surgidos entre las personas, o incluso entre las instituciones y las personas; se realiza por virtud de una relación contractual o de otra naturaleza susceptible de transacción o desistimiento, y en

la cual la definición de la situación corresponde a las partes. Estas, con la intermediación de un tercero experto e imparcial, que propicia un espacio de diálogo, pueden lograr un acuerdo amistoso y de mutuo beneficio, con pleno efecto jurídico. El arbitraje, en tanto, es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dictan una decisión sobre la misma. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.

Así, tanto en el arbitraje como en la mediación y en la conciliación hay un tercero que actúa. La diferencia está en el lugar ocupado por ese tercero y en la naturaleza de su función en cada una de las tres prácticas. El árbitro tiene poder de decisión y dicta su "laudo arbitral" diciendo lo que opina de la cuestión. El conciliador generalmente pertenece a una estructura que tiene algún tipo de poder en la materia del conflicto, como ocurre con los conciliadores laborales o las audiencias de conciliación en los juzgados. Aunque el conciliador no decida él mismo, alguien vinculado a él tiene poder para hacerlo. En estos casos, naturalmente, las partes en conflictos intentarán convencer a los árbitros y a los conciliadores de que tienen razón y de que las contrapartes no la tienen. Ello genera necesariamente una dinámica de competencia porque es mandatorio proferir mejores argumentos que la otra parte y ser más convincente frente al tercero en cuestión. En la mediación, por el contrario, el mediador no tiene ningún poder de decisión y debe quedar claro desde el principio el poder absoluto que tienen las partes.

El mediador, conduciendo el proceso, debe ayudarles a solucionar el problema sin que lleguen a pelearse, o sin que permanezcan en la pelea. La idea es que las partes puedan "canalizar" sus energías hacia la solución del conflicto en lugar de hacia un tercero, o en contra del otro.

2. Aproximación filosófica al concepto

Es importante señalar que el concepto de mediación no solo ha sido utilizado como mecanismo de la justicia restaurativa o como herramienta para la solución de conflictos, sino que también ha sido utilizado en los medios de comunicación, aunque el sentido que se le da en estos es como medio de una realidad y la forma en que esta se muestra y llega a las personas de la sociedad. Vásquez Arrieta lo dice de esta forma:

El concepto de mediación, unas veces asociado directamente con medios y otras veces empleado en el discurso del ámbito de la resolución de conflictos, proviene, a nivel histórico, de la filosofía, concretamente del pensamiento hegeliano del que toma las connotaciones de las que se carga hoy en el campo del pensamiento social, es decir, de ser una categoría relacional (Vásquez, 2009, p. 28).

En términos históricos y filosóficos, la ubicación de la mediación en el pensamiento hegeliano puede ayudar a comprender sus posibilidades semánticas y existenciales. Definido como categoría relacional, con él se hace referencia a las relaciones sociales y humanas, y en consecuencia se determina su gran complejidad (puesto que dichas relaciones no es posible objetivarlas bajo los parámetros de las leyes de la ciencia positiva). Si en las ciencias positivas se pueden hacer inferencias de leyes particulares, en las relaciones humanas las categorías relación lo que hacen es evidenciar la problematización y complejidad del hombre.

Aunque el concepto aparece desde la época griega y es empleado en la lógica, específicamente en los silogismos aristotélicos (para identificar el término que une la premisa mayor con la premisa menor, denominado "justo medio"), el concepto de mediación adquiere en la filosofía moderna, con Hegel, un valor filosófico

distinto al utilizado en la lógica aristotélica. Le sirve siempre como recurso de la reflexión para buscar comprender las complicadas relaciones del hombre con la realidad, tanto ideal como material.

Para Hegel, según Valls Plana, la mediación tiene que ver con el movimiento del sujeto en su permanente camino, en el desenvolvimiento hacia su constitución como tal. De esta forma, la mediación viene a ser la esencia de todas las manifestaciones. De allí que, de acuerdo con Hegel, se mueva con uno mismo; y puesto que no cabe concebir un comienzo absoluto, nada se da inmediatamente que no haya devenido. En palabras del filósofo español Valls Plana, "El motor que da vida al concepto se llama mediación; despliega al sujeto y lo hace devenir predicado u objeto. La mediación es lo que permite oponer el concepto hegeliano y su subjetividad inerte. Gracias a la mediación posee el concepto hegeliano al movimiento" (Valls, 1971, p. 43).

Esto eleva al concepto de mediación como principio ontológico; la mediación, entonces, desde la perspectiva hegeliana, es el momento en que el ser, oponiéndose a sí mismo, se piensa, y, desde este pensamiento, vuelve sobre sí, enriquecido con un conocimiento propio de sí mismo (que es la inmediatez relativa de la que surgirá nuevamente la oposición). La mediación, de este modo, es el acto mismo por el que el pensamiento y la cosa pensada realizan su identidad en el conocimiento del ser por sí.

Por otro lado, existe otra vertiente filosófica, la de la fenomenología francesa, para la que la mediación es un concepto clave, en la medida en que contribuye a la descripción y comprensión de las complejas relaciones de los sujetos entre sí, y entre estos y su mundo inmediato. Esta vertiente, cuyo propósito es describir las estructuras de la existencia tal y como se presentan en la conciencia, está representada especialmente por Merleau-Ponty (1945), en su

texto *Fenomenología de la percepción*, quien propone la percepción como el elemento articulador de la mediación. En el acto mismo de la percepción de la realidad, el ser humano se relaciona desde su experiencia subjetiva como totalidad de sentido. De allí que no pueda captarse la unidad del objeto sin la mediación de la experiencia corpórea.

Esta experiencia compromete a fondo el lenguaje, en cuanto el hombre se sirve de él para articular y darle sentido a "lo real"; en otras palabras, el mundo no se le presenta al hombre como un objeto contrapuesto a él (un sujeto), sino que el fenómeno de la experiencia y de la percepción está atravesado por toda la subjetividad humana donde el lenguaje ocupa un lugar primordial: "Para establecer una relación viva consigo mismo o con sus semejantes, el lenguaje no es ya un instrumento, es una manifestación, una revelación del ser íntimo y del vínculo psíquico que nos une al mundo y a nuestros semejantes" (Merleau-Ponty, 1975, p. 13).

Por otra parte, también es posible ver la mediación como una *disciplina* que se asocia a la resolución de conflictos. Dicha disciplina surgió en Norte América y tiene una fuerte acogida en el mundo entero desde la década de los sesenta. Romero Navarro detalla:

La mediación viene asociada, en la corriente norteamericana, a la idea de resolución de conflictos entre diferencias, tal como indica Six (1997). Al lado de esta corriente americana existe otra, la europea, para la que la mediación es considerada como un trabajo de regulación constante de las relaciones de las partes en conflicto: se trata, entonces, en la mediación, de poner en práctica sin cesar lazos nuevos entre unos y otros, en una verdadera creatividad; o de reparar los lazos que están flojos o que han sufrido algún accidente; o de gestionar rupturas de lazos, de diferencias (Romero, 2002, p. 33).

Si bien es cierto que ambos procesos tienen el mismo fin, el de encontrar la solución a un conflicto con la ayuda de un tercero ajeno, neutral e imparcial, al mismo tiempo tienen algunos elementos diferentes: el conciliador, aunque no es funcionario público, ejerce de manera transitoria una función pública definida en la ley. Por esta razón, el conciliador está sujeto a responder con su propio patrimonio y de manera disciplinaria y penal, al igual que un juez ordinario.

3. *Elementos de la mediación*

Si la definición construida hasta aquí ha mostrado que la mediación es un mecanismo o una herramienta utilizada para la resolución de conflictos, se hace necesario precisar cuáles son los elementos que la componen. En primer lugar, debe decirse que la mediación es posible en el momento que se tiene un conflicto, tal como lo señala Bustelo: "la existencia de un conflicto, de personas que son parte en el mismo y de una tercera persona que no toma decisiones pero que facilita los acuerdos entre las personas participantes en el conflicto" (Bustelo, 2002, p. 40). El conflicto es un fenómeno consustancial a las relaciones humanas, como ya se ha dicho, y vivir en sociedad significa vivir con otras personas, que siempre pondrán en evidencia lo distintos que son los individuos entre sí.

Aunque los conflictos hacen parte de la propia naturaleza social, también es cierto que nunca antes en la historia humana se habían experimentado tantos cambios y en tan corto período de tiempo como los que vive la sociedad actual. De hecho, algunas de las sociedades contemporáneas cambian a tal velocidad que el solo ritmo vertiginoso del cambio constituye uno de los principales factores de tensión para las personas que las conforman. Por tal motivo, a la actual condición social colombiana debe sumarse la época actual como una fuente inagotable de nuevas tensiones entre personas e instituciones.

Se vive en una sociedad que se encuentra en transición en muchas de sus ideas y que intenta darle forma a muchos de sus derechos y de sus leyes. En medio de esta convulsión, una de las mayores dificultades a superar, de acuerdo con Camps, es la siguiente: "La idea de que la vida tiene un valor absoluto, que no nos pertenece, se fundamenta en una serie de creencias religiosas o en una supuesta ley natural que aún actúa en el trasfondo de muchos juicios y valoraciones pretendidamente laicos" (Camps, 2002, p. 11).

A ello debe sumársele el hecho de que los valores sociales en Occidente, y específicamente en Colombia, han tenido un fuerte arraigo en la tradición y en la institución religiosa. Hoy, sin embargo, dichos valores no son asumidos en la misma condición interpretativa dictada por la tradición, puesto que la relación con la institución religiosa ha cambiado. Esto conlleva a que dentro de un mismo espacio los hombres miren los fenómenos con posiciones diversas e incluso contrarias. De allí el fenómeno de que la realidad se haya convertido en el principal reto para la axiología y también para la ética. Muchas personas todavía tienen fuertes convicciones religiosas, pero no todas creen en lo mismo, ni de la misma manera. Muchos inclusive no creen. De allí la incertidumbre axiológica descrita por Camps:

El asentamiento de la incertidumbre es un rasgo característico de nuestro tiempo. Incertidumbre e inseguridad pese a que el ser humano nunca consiguió blindarse con tantos mecanismos de protección como le está haciendo ahora. Aseguramos la vida, la vivienda, el coche, las obras de arte, la salud. Los futbolistas aseguran sus piernas y los cantantes su voz. Puesto que nada ni nadie puede garantizarnos que todo funcione debidamente, aseguramos, por lo menos, el consuelo de una cierta compensación (Camps, 2002, p. 13).

Se trata, en consecuencia, de una época que invita al derecho a las diferencias pero que a

la vez exige enfrentar y asumir esas mismas diferencias. Y aunque es posible prevenir mal-entendidos, difícilmente pueden prevenirse los conflictos. Una vez que comienza el conflicto, este posee una dinámica propia, y las personas pueden elegir entre influir o no en esas dinámicas; no pueden, sin embargo, elegir si hay o no conflicto.

Pero sí debe existir una voluntad de participación en la solución del conflicto. Un elemento de perturbación en la mediación tiene que ver con la cultura de ganador y perdedor, que prima en los escenarios de los conflictos. Esta cultura hace que el sistema legal, a través de los abogados, sea habitualmente la primera puerta de entrada para la solución de los conflictos, consolidando las diferencias entre quienes han de continuar relacionándose como partícipes de él y dejándolos en una situación de enfrentamiento prolongado. Bajo esa lógica, el otro es un adversario que hay que vencer sin ningún miramiento, sin ninguna consideración o piedad. Y ello contradice lo que hasta aquí se ha dicho, relativo a que en el conflicto no participan necesariamente dos enemigos sino que muchas veces se encuentran dos o más seres humanos que necesitan resolver una diferencia por medio de la mediación. "La mediación se define como un modo de gestión de tensiones sociales, gracias a la presencia de un tercero, neutro, independiente y sin ningún otro poder que el de su autoridad, reconocida por los participantes en la mediación y que lo eligieron libremente" (Salamanca, 2005, p. 8). Para que funcione se necesita, a la vez que voluntad de participación, una renuncia o un intento de superación de los patrones culturales que dividen al mundo entre ganadores y perdedores.

Parte fundamental de la mediación tiene que ver con el encuadre que se realiza entre las partes y la persona que funge como mediador. Allí se cuenta qué es la mediación, cuáles son sus propósitos, sus alcances y limitaciones; ello con

el objetivo de que las partes comprendan qué pueden esperar del procedimiento. Caireta dice:

La mediación requiere de algunas condiciones: las partes deben tener claro en qué consiste la mediación y ser capaces de implicarse en ella con las herramientas mínimas imprescindibles –una actitud favorable y cooperativa, y unas capacidades comunicativas –, deben sentirse cómodas con la persona mediadora y saber qué pueden esperar de ella, también deben disponer de un tiempo y espacio adecuados (Caireta, 2008, p. 21).

La mediación puede solicitarse desde la formulación de la imputación hasta antes del inicio del juicio oral. Procede para los delitos perseguibles de oficio, cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, o cuando la conciliación preprocesal haya fracasado. Víctima y victimario deben aceptar expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa. La mediación puede ser solicitada por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación o su delegado para esos efectos procedan a designar al mediador.

Frente al rol del mediador, siempre se señala la necesidad de su neutralidad frente a las partes. Sampedro dice: "La mediación es un proceso por medio del cual un tercero neutral trata, a través de la organización de intercambios entre las partes, de permitir a estas confrontar sus puntos de vista y buscar, con su ayuda, una solución al conflicto que las enfrenta" (Sampedro, 2010, p. 77).

Un elemento fundamental dentro del espacio de la mediación será la actitud con la cual asuman las partes el proceso. Es común encontrarse con los participantes de un conflicto a quienes no les interesa resolver el mismo o que solo desean resolverlo para su propio beneficio. En la mediación, pues, se solicita una disposición

en términos actitudinales. Romero Navarro menciona la armonía, por ejemplo, como una de las condiciones para aceptar el desenlace del proceso:

La mediación [...] se entiende como un método que construye puentes entre partes en conflicto, generando capacidad de consenso. Proporciona [...] un espacio en el que puedan tener cabida todos aquellos temas sobre los que sus miembros deben tomar decisiones, tengan o no tengan relevancia legal (custodia, visitas, régimen económico...), integrando de forma armoniosa tales decisiones y tales emociones asociadas a éstas (Romero, 2002, p. 32).

Dentro de las actitudes fundamentales para la mediación es imprescindible resaltar la apertura al diálogo por parte de los participantes:

La mediación es un proceso de diálogo donde un mediador entrenado apoya a las partes para que el agresor se atribuya la culpabilidad de sus acciones y para restituir las pérdidas de la víctima de la forma más adecuada a sus necesidades, llegando a un acuerdo mediante la reparación económica, de perjuicios personales y morales o reparación con actividad... Un primer elemento a destacar es que la mediación reduce la tasa de reincidencia... Un segundo elemento a destacar es la posibilidad de que la mediación satisfaga las necesidades de las víctimas y de los agresores. La revisión teórica avala que la mediación produce efectos positivos sobre las víctimas, ya que se obtienen altos niveles de satisfacción (Nugent & Paddock, 1996b) y ayuda a la descompresión del sistema judicial penal (Soria, Armadans, Viñas & Manzano, 2008, p. 164).

Un elemento importante de este mecanismo tiene que ver con las emociones que se asocian a todo conflicto. El solo hecho de reconocerlas y no negarlas, como lo hacen muchos de los mecanismos actuales de la justicia, le ofrece una perspectiva nueva e interesante, puesto que las

emociones y los sentimientos son fundamentales para entender el proceso de reparación de las víctimas y el papel de los delincuentes. Romero Navarro lo explicita así:

La mediación es algo más que una habilidad que pueda usar el abogado o el psicólogo. Es un método de gestión y de resolución de conflictos, que se desarrolla en un proceso de interacción humana, cargada de intereses contrapuestos o influenciada por las emociones y los afectos de los implicados. Está orientada a hacer que cada parte empatice [sic] con el punto de vista del otro y que a su vez ambas sean los protagonistas del acuerdo, para todo lo cual el mediador utilizará las técnicas de comunicación y de negociación adecuadas. En otras palabras, la mediación debe contribuir a restablecer los patrones constructivos de comunicación y negación mediante la definición de expectativas razonables para ambas o partes (Romero, 2002, p. 34).

De este modo la mediación es un mecanismo que genera un espacio institucional para que la víctima y el ofensor intercambien opiniones y confronten sus puntos de vista, para que a través de un mediador, que conforme a la ley debe ser neutral, logren solucionar el conflicto suscitado con ocasión de la conducta punible. De esta forma

La mediación puede orientarse a objetivos restauradores tales como la reparación, la restitución, el resarcimiento de los perjuicios causados, la realización o abstención de determinada conducta, la prestación de servicios a la comunidad, o el ofrecimiento de disculpas o perdón (Córdova, 2006, p. 38).

Córdova Triviño (2006) entiende por reparación la reposición que realiza una persona que ha ocasionado una pérdida, y son componentes de ella:

- La restitución: implica la realización de los actos que propendan por la devolución a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos. Incluye el restablecimiento de la libertad, el retorno a su lugar de residencia y la devolución de sus propiedades, de ser posible (República de Colombia, Ley 975 de 2005, Artículo 46).
- La rehabilitación deberá incluir la atención médica y psicológica para las víctimas o sus parientes en primer grado de consanguinidad, de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la Reparación de las Víctimas. Los servicios sociales brindados por el Gobierno a las víctimas, de conformidad con las normas y leyes vigentes hacen parte de la reparación y de la rehabilitación (República de Colombia, Ley 975 de 2005, artículo 47).
- La indemnización, que consiste en compensar a las víctimas por los perjuicios causados por el delito (República de Colombia, Ley 975 de 2005, artículo 8).
- Las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, adoptadas por las distintas autoridades directamente comprometidas en el proceso de reconciliación nacional, deberán incluir la verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad judicial, en la medida en que no provoquen más daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas, ni creen un peligro para su seguridad (República de Colombia, Ley 975 de 2005, artículo 48); la búsqueda de los desaparecidos o de las personas muertas y la ayuda para identificarlas y volverlas a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias (artículo 49.1), tarea que se encuentra principalmente a cargo de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz (artículo 49.2). La decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y las de sus parientes en primer grado de consanguinidad (artículo

49.3). Y finalmente la disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades (artículo 49.4).

Por otro lado, existen los compromisos de las partes dentro del proceso de mediación. Dice Sampedro:

La base de la mediación es un proceso de intercambio de compromisos entre las partes, de tal forma que una de las mismas no estará dispuesta a aceptar promesas o compromisos de la otra si no confía en ella, por tal razón, la labor del mediador debe orientarse a facilitar la comunicación entre las partes, quienes al sentirse escuchadas y atendidas, mostrarán cuáles son sus intereses en el conflicto (Sampedro, 2002, p. 79).

4. *Algunas ventajas de la mediación*

- Ahorro de tiempo y dinero: son procesos de resultados casi inmediatos y de bajo costo; no requieren de abogado.
- Las partes en conflicto cumplen con más agrado la solución que ellos mismos plantearon y no la impuesta por un tercero. Además, ambos procesos les generan satisfacción, y control del proceso y del resultado.
- Produce tranquilidad: por las condiciones en que se producen estos mecanismos de resolución de conflictos, las tensiones y los disgustos provocados por largos procesos disminuyen notablemente.
- Mejora las relaciones entre las partes y facilita el proceso de futuros acuerdos.

5. *Objetivos de la mediación*

- Favorecer la solución pacífica de los conflictos.

- Propiciar, lograr o mantener la paz entre actores divergentes.
- Facilitar el diálogo y el entendimiento entre las partes enfrentadas.
- Aclarar o resolver divergencias y suavizar ambientes hostiles.
- Encontrar y proponer soluciones o recomendaciones alternativas que conduzcan a acuerdos de resolución.
- Ayudar a cambiar percepciones o comportamientos contradictorios.

A modo de conclusión

El mecanismo de la mediación utilizado para la solución de conflictos, por sus características, propósitos y elementos, es muy cercano a la justicia restaurativa. Es otra manera de ver y comprender no solo el conflicto, sino también a la víctima y al victimario.

La mediación se constituye en su proceso creador de soluciones originales allí donde parecían que las puertas estaban cerradas. Ello supone la premisa básica de aceptar que las partes, salvo situaciones excepcionales, tienen recursos suficientes para resolver sus conflictos. La mediación es un escenario en el que, a modo de espejo, las partes redescubren sus capacidades para afrontar sus conflictos (Romero, 2002, p. 35).

Se presenta entonces la posibilidad de crear nueva cultura frente a la resolución de conflictos; una cultura que les confiera un papel más activo a los actores de los conflictos y que les permita, desde una nueva perspectiva, comprender la complejidad de lo humano y el compromiso que se tiene frente al reconocimiento de dicha complejidad.

La mediación es esencialmente cultura del acuerdo, en cuanto se basa en ésta, la desa-

rolla y la potencia. Mediante la definición de expectativas razonables para ambas partes, la mediación contribuye a restablecer los patrones constructivos de comunicación y negociación (Folberg & Taylor, 1984, pp. 157; Bush & Folger, 1994) describen su mediación transformadora como un método en el que la revaloración y el reconocimiento entre las partes en conflicto forman parte esencial de ese cambio que les lleva a pasar del enfrentamiento a la colaboración (Romero, 2002, p. 32).

También es importante resaltar el papel que cumple la mediación frente al lugar del victimario, puesto que no lo excluye de lo social, como sucede en el modelo de justicia contemporáneo, sino que lo pone frente a frente con la víctima, logrando concienciarlo acerca del daño ocasionado. No se trata solamente de un castigo que se le otorga por un delito o una falta; se trata de cómo se garantiza que las conductas no vuelvan a ocurrir, cómo se logra lo que se propone también como propósito de la pena desde el derecho penal: la resocialización del victimario.

Uno de los aspectos más relevantes de la mediación, en términos académicos, es la necesidad de someter el concepto a un análisis riguroso, no solo agotándolo en sus posibilidades etimológicas sino también enriqueciéndolo desde otras perspectivas, otras miradas, y también desde la crítica. Se está frente a una herramienta valiosa y útil para el contexto colombiano y que podría servir en muchos de los problemas que se tienen y que se enfrentan desde hace muchos años en el país, pero el éxito de su utilidad radica en el conocimiento profundo y riguroso que se tenga de él.

Referencias bibliográficas

- Britto, D. (2006). Justicia restaurativa y procesos restaurativos: la comunidad hacia la diferencia. *Polisemia*, (2), pp. 26-35.

- Bustelo, U. (2002). Panorama actual de la mediación familiar. *Revista de Servicios Sociales y Política Social del Consejo General del Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social*, (3), pp. 9-40.
- Caireta, M. (2008). La mediación: ¿una herramienta o un fin? *Documentación Social*, (148), pp. 13-24.
- Camps, V. (2002). *Una vida de calidad. Reflexiones sobre bioética*. Barcelona, España: Ariel.
- Córdova, J. (2006). La justicia restaurativa. *Jurisprudencia*, (1), 1- 47.
- Del Val, T. M. (2006). *Mediación en materia penal la teoría y su aplicación. Casos de mediación penal juvenil. La prevención del delito a partir de la mediación*. Leyes de mediación penal. Buenos Aires, Argentina: Adhoc.
- Díaz, L. M. (2009). La reparación: un rostro diferente en el derecho penal juvenil. Referencia al caso colombiano. *Estudios*, (72), pp. 82-108.
- Gordillo, L. F. (2007). *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid, España: Iustel.
- Gozaini, O. A. (2009). *La mediación: una nueva metodología para la resolución de controversias*. Ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Procesal. La Habana, Cuba.
- Larrauri, E. (2004). Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Estudios de Derecho*, 61, (138), pp. 55-85.
- Merlau-Ponty, M. (1945). *Fenomenología de la percepción*. Barcelona, España: Editorial Planeta Agostini.
- Márquez, A. E. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos – Derechos y valores*, XX, (20), ppp. 99-114-212.
- Moore, C. (1986). *El proceso de mediación métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Argentina: Granica.
- Obarrio, F. M. (2009). Algunos aspectos institucionales de la mediación. *Revista del colegio de abogados de la ciudad de Buenos Aires*, 55, (1), 23-37.
- República de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000*. Colombia
- República de Colombia. (2005). *Ley 975 de 2005*. Colombia
- Ripòl, A. (2001). *Familias, trabajo social y mediación*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Romero, F. (2002). La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador. *Revista del ministerio y asuntos sociales*, (40), pp. 31-54.
- Salamanca, L. (2005). La mediación, una profesión de la comunicación. *Escribanía*, (14), pp. 7-17.
- Sampedro, J. A. (2010). ¿Qué es y para qué sirve la justicia restaurativa? *Derecho penal contemporáneo*, (12), pp. 77-88.
- Segovia, J. L., Ríos, J. (2008). Diálogo, justicia restaurativa y mediación. *Documentación social*, (148), pp. 77-97.
- Soria, M. A., Armadans, I; Viñas, M. R. & Manzano, J. (2008). Mediación penal y adulta y reincidencia. El grado de satisfacción de los infractores y las víctimas. *Revista de Psicología Social*, Vol. 23, (2), pp. 163-169.
- Suares, M. (2003). *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Touzard, H. (1981). *La mediación y la solución de los conflictos*. Barcelona, España: Herder.
- Valls, R. (1971). *Del Yo al Nosotros (Lectura de la Fenomenología del espíritu de Hegel)*. Barcelona: Editorial Estela.
- Vásquez, T. (2009). Comunicación, lenguaje y pedagogía: una mirada desde las mediaciones. *Folio*, (29), pp. 27-36.
- Wilde, Z. (2000). Mediación y conciliación. *Revista del colegio de abogados de la ciudad de Buenos Aires*, 55, (1), pp. 7-14.

**UNIDAD II: JUSTICIA RESTAURATIVA E INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES**

Rodríguez Chávez, Reyler. La justicia restaurativa como medio para efectivizar los derechos fundamentales.

La justicia restaurativa como medio para efectivizar los derechos fundamentales

Reyler Rodríguez Chávez¹

SUMARIO

1. Introducción.- 2. Definición.- 3. La justicia restaurativa como medio tuitivo de derechos fundamentales.- 4. A manera de conclusión.- 5. Referencias bibliográficas.-

RESUMEN

El presente trabajo desarrolla los fundamentos de la justicia restaurativa como medio adecuado para el tratamiento de conflictos en su etapa inicial, donde se busca reparar integralmente el daño causado, especialmente a la víctima, a partir del libre reconocimiento del responsable con su compromiso de reparación. Involucrando a las partes, se establecen lazos de solución eficaces y estables, cuyo eje central es el respeto de los derechos fundamentales de las partes.

PALABRAS CLAVE

Justicia restaurativa, justicia retributiva, conflicto, derechos fundamentales, infractores, víctimas.

Abstract

This paper develops the fundamentals of restorative justice as a suitable means for the treatment of conflicts in its initial stage, which seeks to fully repair the damage, especially to the victim, from the free recognition of responsible with its commitment to service. Involving the parties, establish effective and stable, solution ties whose central point is respect for the fundamental rights of the parties.

Key words

Restorative justice, restorative justice, conflict, fundamental rights, offenders, victims

¹ Profesor de la Academia de la Magistratura. Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez de Paz Letrado Titular de Lima Norte, reyler6@gmail.com.

1. Introducción

La evolución de los sistemas de justicia para reprimir ilícitos penales, en las últimas décadas ha puesto en cuestionamiento la vigencia y eficacia del rol que cumple el proceso penal de molde retributivo, frente a la persecución del delito, la represión de los responsables y el restablecimiento de la paz social. RULLAN señala que, *“desde la óptica retributiva se plantea resolver quien tiene la razón y quien tiene la culpa, así como dar su merecido al culpable, hacer que pague por lo que ha hecho, a fin de que no vuelva a hacerlo y que la sanción sirva de ejemplo disuasorio para la comunidad”*².

Sin embargo, la idea de reprimir el mal causado por el infractor, mediante la imposición de otro mal -pena o castigo-, en la práctica, ha venido dando resultados poco alentadores no sólo desde el punto de vista del infractor sino también desde el punto de vista de la víctima y la comunidad.

El *infractor*, luego que ha padecido el castigo impuesto por los tribunales, carece de los medios necesarios para redimirse socialmente y emprender una nueva vida pese a que ya pagó por el daño; por el contrario, inmediatamente es estigmatizado en su entorno social. Para él la idea de resocialización o reinserción le es vedada debido muchas veces a las deficiencias del propio sistema legal congestionado, que desvincula al condenado dejándolo a su suerte pero con el estigma de “asesino”, “ladrón”, “estafador”, “peligroso”, etc., cuyo efecto inmediato es la exclusión social.

Al respecto, WELZEL señala que, *“no es suficiente para aclarar el sentido de la pena, como un mal merecido por la violación culpable del derecho, cuando la ejecución del mal hace al condenado peor de lo que era”*³. Así entonces, muchas veces el remedio -imposición de una sanción-, termina siendo peor que la enfermedad: Sentenciado no rehabilitado y excluido, con más propensión al delito que a la abstención.

El tratamiento del sistema retributivo resulta tan traumático en ciertos casos, lo cual de por sí disminuye las posibilidades de reinserción y rehabilitación de los catalogados como delincuentes o criminales.

Para la *víctima*, el sometimiento a un proceso penal le ha significado constante padecimiento moral y económico, que incluso se va sumando al ya vivido al momento del crimen, que a la larga, es difícilmente reparado. Su participación en el conflicto importa un *“vía crucis”* permanente cuyo fin es incierto e impredecible y

² RULLAN CASTAÑER, Vicenc; *Justicia y Prácticas Restaurativas, Los Círculos Restaurativos y su Aplicación en Diversos Ámbitos*, Fundación Universitaria Iberoamericana, Maestría en Resolución de Conflictos y Mediación, Tesis, Palma-España, Febrero de 2011, p. 14.

³ Cfr. BACIGALUPO, Enrique; *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1999, p. 269.

que terminará por someter aún más su estatus de ciudadano deteriorado por el delito, a un conjunto de trámites y trabas burocráticas que no hacen más que desalentar las pocas esperanzas de ser compensado por los daños sufridos.

La víctima bajo el sistema retributivo vive en constante desaliento y desamparo legal y moral. Una vez involucrada en el sistema, requiere hacer efectivo su reclamo que pocas veces es atendido, pues para lograr ello debe emprender una lucha agotadora y que le demandará innumerables gastos y preocupaciones.

Como podemos apreciar, la justicia restaurativa en lugar de excluir a la víctima y a la comunidad del conflicto, los incluye como actores principales y conjuntamente con el responsable, buscan una solución más completa del problema, que no es otra cosa que el resultado de la coparticipación y diálogo de las partes, pero sobre todo de la mayor predisposición y voluntad del infractor.

De esta manera, si en el sistema penal retributivo no se logra rehabilitar al condenado y además este es estigmatizado y marginado por la sociedad, con la justicia restaurativa se busca devolverle su dignidad como persona así como ofrecerle la oportunidad de ser aceptado y emprender una nueva vida en la sociedad.

2. Definición

La justicia restaurativa es un mecanismo inclusivo que de manera independiente o complementaria al sistema de justicia, busca solucionar un conflicto y el daño producido por éste, mediante la coparticipación voluntaria, responsable y sensata de la víctima, el infractor y la comunidad. Se considera al delito como un daño que el infractor ha causado a la víctima y a la sociedad, en tal sentido, lo más adecuado es que sean los propios involucrados quienes encuentren la mejor solución frente a las repercusiones derivadas del conflicto.

Uno de los pioneros en el tema, MARSHALL señala que, *“la justicia restaurativa es un proceso en el que las partes que tienen que ver con un acto perjudicial deciden colectivamente como van a abordar las consecuencias del acto y sus implicaciones de cara al futuro”*⁴.

Como podemos observar, la justicia restaurativa es un medio de coparticipación de diversos interesados cuyo fin último es la reparación integral de los daños causados por la comisión de acciones delictivas. Si bien se pone el acento en la reparación de la víctima por el daño sufrido, no es menos cierto que el daño también produce efectos en el infractor, que van desde el hecho de asumir la magnitud del daño, el compromiso del repararlo, así como la predisposición para

⁴ Citado por: RULLAN CASTAÑER, Vicenc; Ob. Cit., p. 7.

redimir su comportamiento ante la sociedad mediante actos concretos como expresiones de perdón público o privado, la realización de labores comunales, entre otras. Y, para la comunidad, una efectiva rehabilitación del infractor permitirá reforzar la seguridad y protección de los ciudadanos, evitar los casos de reincidencia y fortalecer la prevención.

Sobre este punto, para SAMPEDRO lo que se busca con la justicia restaurativa es lograr las “3 r’s”:

- a) Responsabilidad por parte del ofensor, porque cada persona debe responder por sus acciones u omisiones.
- b) Restauración de la víctima, quien necesita ser reparada. Requiere abandonar su posición de dañado, así como toda la sociedad.
- c) Reintegración del infractor, quien necesita restablecer los vínculos con la sociedad, que a su vez, necesita del buen desempeño de todos sus integrantes para su correcto funcionamiento⁵.

Lo señalado no hace sino reforzar la idea de que la justicia restaurativa reúne el trinomio compuesto por “víctima-infractor-comunidad” con el fin de lograr un objetivo común cuyo trinomio es a su vez: “*daño-reparación-rehabilitación*”.

3. La justicia restaurativa como medio tuitivo de derechos fundamentales

La justicia restaurativa como se ha puesto en relieve, es un mecanismo que necesariamente se efectiviza con la participación de un trinomio compuesto por víctima-infractor-comunidad. La justicia restaurativa pone énfasis en el elemento subjetivo, es decir en, el trinomio: *Víctima-infractor-comunidad*, como el principal factor para encontrar la mejor y más efectiva solución al daño causado por la acción criminal, pues no habrá mejor solución que aquella que de mutuo propio acuerden los directamente involucrados en el conflicto, con el acompañamiento y soporte de la comunidad⁶.

Uno de los pilares del surgimiento de la justicia restaurativa se halla en la *necesidad de tutela de la víctima*, cuyos derechos, intereses, necesidades y expectativas, por muchos años habían sido postergados a la luz del sistema penal retributivo. Con la justicia restaurativa, la víctima deja la marginación y el

⁵ PÉREZ SAUCEDA, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José; “Justicia restaurativa: del castigo a la reparación”, En <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3104/38.pdf>>, visitado en febrero de 2015, pp. 1-16, pp. 640 y 641.

⁶ Sobre el tema, MCEVOY y NEWBURN señalan que, la teoría se enfoca a la restauración y el alivio de las víctimas y la participación de la comunidad, en lugar de la retribución, que enfatiza lo incorrecto de la conducta del delincuente y la exclusividad de la atención profesional y del estado, Cfr., FRÍAS ARMENTA, Martha y ÁLVAREZ-HERNÁNDEZ, Jaime; “Desarrollo social y justicia restaurativa”, En: <http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/penal/FRIAS_ARMENTA_Y_ALVAREZ_HERNANDEZ.pdf>, visitado en febrero de 2015. p. 4.

desamparo, pasando de ser un agente meramente espectador a un sujeto protagónico y esencial.

La justicia restaurativa halla su razón de ser en la necesidad de restituirle a la víctima todo aquello que le fue arrebatado por la acción delictiva; la víctima al formar parte de la comunidad, también refleja en ésta las consecuencias perniciosas que causó el delito.

Al respecto REYES MATE señala que, *“la justicia de la víctima supone reconocer que posee una mirada singular de la realidad y que lo que es así visto forma parte de la realidad. En concreto, la víctima ve algo que escapa al verdugo y al espectador: El significado del sufrimiento declarado insignificante para la cultura dominante”*⁷.

La justicia restaurativa se ocupa de ver las consecuencias del delito a través de los ojos de la víctima, prioritariamente, en lugar de hacerlo a través de los ojos del infractor o del Estado, como sucede en los sistemas penales de molde retributivo.

La importancia de la víctima para la justicia restaurativa, ha llevado a desarrollar importantes *programas de asistencia a las víctimas*, que como indican PEREZ y ZARAGOZA, están destinados a la recuperación que han sufrido por el daño causado. Estos programas se dividen en dos grandes apartados, la defensa de los derechos de las víctimas y los servicios de asistencia materiales y psicológicos. Los objetivos que persiguen estos mecanismos son los siguientes:

- a) Brindar representación legal a las víctimas del delito para que no se presente una situación de olvido por parte del sistema legal;
- b) La recuperación de las lesiones físicas y psicológicas; y,
- c) Alcanzar una reintegración en la sociedad por parte de la víctima⁸.

Otro aspecto resaltante de la justicia restaurativa es que permite dar un trato humano a todos los intervinientes del conflicto, con la consigna de que la víctima y el infractor, bajo el aval de la comunidad, son los más interesados y directamente beneficiados con la solución efectiva del conflicto delictivo. En este escenario, lo más importante es el respeto de los derechos e intereses de las partes, lo cual resulta vital para el éxito del proceso restaurativo.

De este modo, lo que predomina para la justicia restaurativa es la humanización del proceso: Brindando un trato digno y respetuoso a la libertad y voluntad de las partes, garantizando sus derechos, intereses y necesidades.

En los sistemas penales retributivos, los excesivos procedimientos, formalidades y plazos, no hacen otra más cosa que distanciar a las partes, obstaculizando las posibilidades de resolver directamente el problema y además,

⁷ Cfr., SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; “El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa”, En: EGUZKILORE, Número 26, San Sebastián, 2012, p. 148.

⁸ PÉREZ SAUCEDA, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José; Ob. Cit., p. 9.

despersonalizando el conflicto. Las partes intervinientes dejan de ser personas, el hombre se cosifica, se convierte en un número más en las estadísticas, en un caso más, resuelto o por resolver. Las partes a menudo se hallan privadas de sus derechos elementales⁹.

El carácter humano de la justicia restaurativa tiene su mayor fortalecimiento en el interior del proceso restaurativo, donde las partes liberadas de las formalidades y ataduras, participan libre y voluntariamente de un intercambio constante de información, que les permite entender los motivos y las consecuencias de la acción delictiva, la posibilidad arrepentimiento y perdón. Todas estas situaciones permiten humanizar a la víctima, al infractor y miembros de la comunidad, sensibilizándolos y concientizándolos sobre el problema, constituyendo un elemento central en la recomposición social.

Para SUBIJANA la *“comprensión de lo ocurrido”* en el proceso restaurativo ayuda en la tarea de humanización, pues permite a las partes narrar lo sucedido desde su particular situación. A las víctimas, les permite conocer quien fue su autor y por qué se le victimizó, comprendiendo las razones de ello y recuperando los márgenes de seguridad perdidos por la infracción penal. A los infractores, narrar lo ocurrido les permite percibir directamente las consecuencias que el delito ha provocado en la vida de las víctimas, favoreciendo su vinculación emocional con lo ocurrido¹⁰.

Efectivamente, la justicia restaurativa es un proceso humano que ofrece a las partes la posibilidad de resolver el conflicto delictivo pero a partir de un proceso de profunda sensibilización y concientización, donde las partes tienen la posibilidad de compartir mutuamente sus miedos, traumas, frustraciones, preocupaciones y necesidades. Ello genera mayor convicción en la tarea de reparación del daño y promueve la prevención a partir de la experiencia vivida por las partes.

Sobre este asunto, PEREZ y ZARAGOZA señalan que la justicia restaurativa, *“representa una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de sanación de las víctimas, los ofensores y la comunidad”*¹¹. Así pues, la justicia restaurativa genera un centro de reflexión en

⁹ Al respecto CESARE BECCARIA señala que, no hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repunte como cosa, Cfr., HIDALGO PORRAS, Natalia; *La Justicia Restaurativa como Expresión del Principio de Última Ratio de la Pena en un Marco de Protección de los Derechos Humanos*, Proyecto de Investigación, Universidad Estatal a Distancia, Sistema de Estudios de Posgrado, Maestría en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2012, p. 35. Para FRIAS y ALVAREZ, la justicia restaurativa en teoría proclama los mismos objetivos de desarrollo social. El aumento de la calidad de vida, la participación comunitaria, el respeto a los derechos humanos, la equidad y la justicia son fundamentales para ambas. Lo fundamental es la calidad de las relaciones humanas mediante los procesos cooperativos en lugar de la intervención coercitiva del estado, Cfr., FRIAS ARMENTA Martha y ALVAREZ-HERNÁNDEZ Jaime; Ob. Cit., pp. 10 y 11.

¹⁰ Cfr., SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; Ob. Cit., p. 148.

¹¹ PÉREZ SAUCEDA, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José; Ob. Cit., p. 1.

torno al delito y sus consecuencias, permitiendo a las partes elaborar la mejor alternativa de solución.

4. Amanera de conclusión

La justicia restaurativa, es una teoría, una filosofía que busca la compensación de las partes en términos de restitución de las relaciones sociales. No se enfrasca en determinar a los responsables y desarrollar en torno a ello, un conjunto de procedimientos, que finalmente terminan desalentando y desprotegiendo a los interesados y a la sociedad. La justicia restaurativa busca restaurar el daño en su integridad como forma de restituir y tutelar los derechos esenciales de los involucrados y de la colectividad en general.

5. Referencias bibliográficas

- BACIGALUPO, Enrique; *Principios Constitucionales del Derecho Penal*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1999.
- FRÍAS ARMENTA, Martha y ÁLVAREZ-HERNÁNDEZ, Jaime; “Desarrollo social y justicia restaurativa”, En: <http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/penal/FRIAS_ARMENTA_Y_ALVAREZ_HERNANDEZ.pdf>, visitado en febrero de 2015.
- HIDALGO PORRAS, Natalia; *La Justicia Restaurativa como Expresión del Principio de Última Ratio de la Pena en un Marco de Protección de los Derechos Humanos*, Proyecto de Investigación, Universidad Estatal a Distancia, Sistema de Estudios de Posgrado, Maestría en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2012.
- PÉREZ SAUCEDA, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José; “Justicia restaurativa: del castigo a la reparación”, En <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3104/38.pdf>>, visitado en febrero de 2015, pp. 1-16.
- RULLAN CASTAÑER, Vicenc; *Justicia y Prácticas Restaurativas, Los Círculos Restaurativos y su Aplicación en Diversos Ámbitos*, Fundación Universitaria Iberoamericana, Maestría en Resolución de Conflictos y Mediación, Tesis, Palma-España, Febrero de 2011.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; “El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa”, En: EGUZKILORE, Número 26, San Sebastián, 2012.

UNIDAD III: LOS PROGRAMAS RESTAURATIVOS

García Fernández, Auxiliadora. La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa.

**LA MEDIACIÓN PENAL Y EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA
RESTAURATIVA**

M^a Auxiliadora García Fernández

Mediadora del Instituto Andaluz de Mediación, Concilia3

Email: auxigarcia1@gmail.com

RESUMEN: El trabajo trata sobre el conflicto intersubjetivo que se produce entre dos personas, agresor y víctima, y en la necesidad de ofrecer una solución tanto al propio conflicto como a los implicados en él a través de la mediación penal

PALABRAS CLAVE: Mediación penal, conflicto, justicia restaurativa

ABSTRACT: The paper deals with the intersubjective conflict that occurs between two people, perpetrator and victim, and the need to offer a solution to both the conflict itself and those involved in it through penal mediation

KEYWORDS: Penal mediation, conflict, restorative justice

1. Antecedentes, concepto, principios e inserción en el sistema de derecho penal.

En el ámbito de las sociedades occidentales, debido a un proceso histórico evolutivo, ha sido el Derecho Penal el encargado de construir un sistema de control formal de los conflictos sociales, basando su actuación en torno a dos pilares: la utilización del concepto de responsabilidad como fundamento del sistema y la asunción de los conceptos de retribución o prevención como fines de la pena.

Así, la actuación del Estado a través del Derecho Penal no ha situado la atención en el conflicto intersubjetivo que se produce entre dos personas (agresor y víctima) y en la necesidad de ofrecer una solución tanto al propio conflicto como a los implicados en él, sino que lo ha residenciado en el conflicto que se produce entre el actuar de una persona (sujeto activo del delito) y las exigencias de conducta contenidas en las normas penales.

En relación con lo manifestado, la discusión sobre los fines y funciones de la pena ha oscilado entre quienes entienden que la misma cumple una estricta función de retribución al autor del mal causado por el delito (Teorías de la retribución) y quienes por el contrario, atribuyen a la pena una función de prevención de futuros hechos delictivos (Teorías de la prevención). Mientras que desde las teorías de la retribución se mira al pasado, al mal causado por el delito y a la necesidad de proceder a su retribución a la persona de su autor, las teorías de la prevención miran hacia el futuro, intentando evitar la comisión futura de nuevos hechos delictivos¹.

¹ FERREIRÓS C-E., SIRVENT A. Y OTROS: *"La mediación en el Derecho penal de menores"*. Dykinson S.L., Madrid, 2011.

La atribución a la pena de unas funciones exclusivamente retributivas o preventivo-generales terminó por construir un sistema en el que el Estado trata de responder únicamente a la cuestión relativa a qué hacer con el delincuente que ha desobedecido la norma y a cómo estabilizar el mandato normativo defraudado, olvidándose de los intereses y necesidades de la víctima, a quien no se le permite participar activamente en la solución del conflicto en el que es parte².

La Justicia Restaurativa nace con el movimiento político-criminal a favor de la víctima y la recuperación del papel de la misma en el proceso penal, suponiendo el punto de arranque de una nueva concepción de la justicia aplicable en un determinado país, y teniendo como principal instrumento de intervención la figura de la mediación.

La importancia de su nacimiento nos obliga a intentar centrar sus orígenes, que aunque confusos, podrían datar de 1974 en Ontario (Canadá), donde tuvo lugar el primer programa de reconciliación entre víctima y delincuente llamado VOM (*Victim Offender Mediation*). Tras varias iniciativas canadienses, se lanzó el primer programa en Estados Unidos, en Indiana, en 1978, extendiéndose por todo Estados Unidos y Europa.

Lejos de pensar que podría tratarse de un sistema joven y de reciente acogida frente al actual sistema de impartir justicia, residenciado en Jueces y Tribunales, una visión retrospectiva de la Historia, a la que nos hemos referido anteriormente, muestra que esto no siempre ha sucedido así, sino que durante mucho tiempo, hasta la Modernidad, ha existido una pluralidad de focos a los que acudir en busca de justicia³, pluralidad que determinaba jurisdicciones variadas, que se regían por el principio de

² Ibidem.

³ En este sentido, RIOS MARTÍN, J.C.- PASCUAL RODRÍGUEZ, E. Y OTROS: “la antropología cultural nos ha puesto de manifiesto formas extraordinariamente civilizadas y no violentas de resolver gravísimos problemas en tribus mal llamadas primitivas” en “*La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*”. Ed.Constitución y Leyes. Madrid, 2008.

subsidiariedad y que determinaban soluciones diferentes según los casos, los lugares, los juzgadores, etc.⁴

Algún autor como SOLETO MUÑOZ⁵ establece la existencia de varios modelos de Justicia Restaurativa en función de cómo interaccione el sistema penal de cada Estado con los instrumentos propios de ésta, de este modo diferencia tres clases de sistemas:

- a) Sistemas complementarios a los Tribunales a través de programas conectados con estos, y que suelen corresponder con sistemas penales más tradicionales. El acuerdo de reparación lo que puede provocar son ventajas procesales para el acusado (reducción de la calificación o de la pena, suspensión, sustitución o beneficios penitenciarios).
- b) Sistemas alternativos al enjuiciamiento que van a ser considerados como la verdadera forma de resolución de conflictos debido a que los casos son derivados antes de iniciarse o tramitarse el proceso. Ello es visto con cautela por los países con un sistema penal tradicional y fuertemente instaurado, es el caso de España y otros Estados continentales.
- c) Iniciativas ajenas al proceso y la ejecución que buscan más el tratamiento y restablecimiento de las emociones que otro tipo de resarcimiento, como pueda ser el caso de conflictos entre padres e hijos (agresores).

⁴ OTERO PARGA, M., SOLETO MUÑOZ, H.: *“Las raíces históricas y culturales de la mediación: Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente”*. Ed. Tecnos. Madrid, 2007.

⁵ SOLETO MUÑOZ, H.: *“Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España”* en ECHANO BASALDUA Y OTROS: *“Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos”*. Cuadernos penales José María Lidón, nº 9. Ed. Deusto Digital. Bilbao, 2013, pags. 83 y ss.

Esta misma autora hace una clara clasificación de los diferentes procedimientos de Justicia restaurativa, haciendo especial referencia al ya mencionado VOM en cuanto forma más utilizada y extendida de mediación entre víctima y ofensor (España y la mayoría de Estados europeos), matizando que en toda mediación que se realice en el ámbito penal, a diferencia del civil, lo importante no es tanto el acuerdo como el diálogo, ya que lo que se pretende es, no sólo dar su lugar a la víctima, responsabilizar al agresor y reparar el daño sino también canalizar emociones y sentimientos.

Continuando con la mencionada clasificación encontramos:

- la conferencia de grupo familiar o conferencia comunitaria como forma de facilitación que se desarrolla entre el agresor y la víctima junto a personas del entorno familiar, escolar o social donde tratan el daño producido y cómo se puede reparar, quedando al margen del proceso judicial.
- los círculos sentenciadores son similares a los anteriores pero con la participación del propio tribunal que es el que deriva los casos y los controla. Incluso puede llegar el juez a participar en dicho círculo, normalmente como simple mero transcriptor del acuerdo adoptado en la sentencia, aunque si no hay consenso puede llegar a participar activamente. Curiosamente este método se utiliza en Estados Unidos en ilícitos realizados por menores, además de en otros delitos cometidos por adultos en vía penal.
- los paneles restaurativos se alejan un poco del sistema restaurativo, dado que no incluyen a la víctima en sus reuniones con el agresor, e incluso el papel de éste queda relegado a un segundo plano, su principal propósito es la reparación. De modo que cuando el agresor asume su culpa en el proceso penal, el juez le ofrece acudir a este panel, panel formado por ciudadanos, una vez producida la reunión, procede a discutir la reparación con la víctima. Se lleva a cabo un seguimiento

para constatar el cumplimiento de las medidas, si éstas no se han cumplido, el asunto vuelve al juez para que establezca la pena en sentencia.

- la mediación comunitaria se realiza mediante la creación en barrios y escuelas de centros comunitarios para dar formación en resolución de conflictos. Estos centros realizan mediaciones y facilitaciones en ámbitos escolares y vecinales sin relación con los tribunales, pero también civiles y penales por derivación del órgano judicial.

Se considera que el trabajo publicado en los años setenta por HUDSON & GALAWAYS'S⁶ es una de las mayores aportaciones al concepto de Justicia Restaurativa⁷. La mayoría de la doctrina entiende que el fundamento de este nuevo modelo de Justicia está en la obra de CHRISTIE, y concretamente en su artículo "Conflicts as Property"⁸, publicado en 1976, donde manifiesta la necesidad de establecer una alternativa al sistema penal tradicional que permita una solución diferente en relación a los conflictos.

El primer autor que realizó un trabajo de compendio integral y comprensible del modelo de Justicia Restaurativa fue ZEHR, "*Retributive Justice, Restorative Justice, New Perspectives on Crime and Justice*" (1985), y más tarde en el libro llamado "*Changing Lenses*" (1990)⁹. Al igual que CHRISTIE, presenta el modelo de Justicia Restaurativa como un paradigma alternativo de Justicia, en oposición al sistema

⁶ HUDSON, J. Y GALAWAY, B.: "*Restitution in Criminal Justice: A Critical Assessment of Sanctions*". Ed. Lexington Books, 1977.

⁷ El término Justicia Restaurativa fue promovido en el Congreso Internacional de Criminología celebrado en Budapest en 1993.

⁸ CHRISTIE, N., "Conflicts as Property", *British Journal of Criminology*, vol. 17, nº 1, trad. al español en MAIER, J.: "*De los delitos y de las víctimas*", Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

⁹ ZEHR, H.: "*Retributive Justice, Restorative Justice. New Perspectives on Crime and Justice*" (Issue #4). Akron, PA: Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice, September, 16p. 1985; y "*Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*" (Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre Crime e Justiça). Scottsdale, PA: Herald Press, 271p. 1990

tradicional de Justicia Retributiva. En su visión presenta los beneficios que para las víctimas y los delincuentes supone la asunción de la responsabilidad de los hechos, haciendo bien lo mal hecho previamente, reparando el daño causado. Afirma que la interacción víctima-victimario supone una reestructuración de los daños morales y materiales¹⁰.

Cabría preguntarse por las causas que han propiciado el surgimiento y posterior evolución de la Justicia Restaurativa y con ella la figura de la mediación, situando como tales: la recuperación del papel de la víctima, la crisis del modelo resocializador, la aparición de las teorías abolicionistas, el nacimiento del modelo de Resolución Alternativa de conflictos y la crisis del sistema legal y del Estado social.

Fue a partir de la década de los años cincuenta del siglo pasado cuando, gracias a los estudios criminológicos de campo, se comenzó a hacer una llamada de atención sobre este proceso de desposesión del conflicto al que se había sometido a las víctimas y de los perjuicios que conllevaba¹¹. Ya entonces se empezó a tomar poco a poco conciencia de que “el conflicto antes que del Estado es de la víctima y del victimario”¹², propugnando nuevas soluciones paliativas a dicha situación de marginación, así como abogar activamente a favor de la creación de nuevos espacios de participación de la víctima en los mecanismos de resolución de un conflicto -el delictivo- del que es parte determinante.

¹⁰ TRUJILLO, J., “Mediation: World it work in Spain too? Universidad de Lovaina, Bélgica, faculty of Law, Master in European Criminology, 2000. Obra citada por GORDILLO SANTANA, L.F.: “*La Justicia Restaurativa y la mediación penal*”. Ed. Iustel. Madrid, 2007.

¹¹ FERREIRÓS C-E., SIRVENT A. Y OTROS: “*La mediación en el Derecho penal de menores*”. Ed. Dykinson S.L. Madrid, 2011.

¹² GORDILLO SANTANA, L.F.: “*La Justicia Restaurativa y la mediación penal*”, op. cit., pág. 356.

Este proceso de redescubrimiento de la víctima implicó el advenimiento de una nueva disciplina en el seno de la Criminología, la *Victimología*¹³, la cual se dirigía a estudiar su posición en el conflicto y en su solución, los factores que determinan la victimización, así como los marcadores de peligro o los efectos perniciosos que, más allá del propio conflicto, le depara el propio sistema policial y judicial (*victimización secundaria*), entre otros muchos aspectos¹⁴.

Una corriente doctrinal que tuvo profundo calado en lo concerniente a la evolución del Derecho Penal fue la representada por la teoría de la resocialización, la cual buscaba como último fin de la pena, la resocialización del delincuente, de modo que si se actuaba sobre la persona que había delinquido para que modificara su conducta adaptándose a los parámetros legales, ésta no reincidiese en un futuro. Ello supondría un auge de las corrientes preventivo-especiales tendentes a lograr la reinserción del delincuente.

Es la propia Constitución Española de 1978 la que reivindica dicha idea resocializadora y la proclama abiertamente en su artículo 25.2: “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social*”. Si bien se ha de matizar que, pese a ser uno de los fines de la pena, no es el único fin de la misma ni tampoco el más importante.

¹³ En el nacimiento de esta nueva disciplina y, con ello, en el proceso de redescubrimiento de la víctima, jugó un papel de especial protagonismo la publicación en 1948 de la obra de VON HENTIG: “*El criminal y su víctima*”.

¹⁴ En palabras de TAMARIT SUMALLA, J.Mª.: “*La victimización secundaria constituye el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento. El concepto comprende los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración médico-forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral. En un sentido más extenso cabe también considerar efectos el tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación*”. TAMARIT SUMALLA, J.Mª Y OTROS: “*La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*”. Manual de Victimología. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.

Esta idea de resocialización y sus ideales preventivos especiales se resumen en lo que se conoce como tratamiento penitenciario que, junto con figuras como la sustitución de la pena, la remisión condicional de la misma o la libertad condicional, configuran los parámetros legales que la avalan.

Es por todo ello que supondría el momento oportuno para que el modelo de Justicia Restaurativa hiciera su aparición, al basarse en la búsqueda de una solución reparadora al conflicto, donde el propio delincuente además de ser sancionado por sus actos, va a tomar conciencia de los mismos y va a tratar de reparar el daño ocasionado.

Actualmente y debido a nuevos condicionamientos sociales se ha producido un resurgir de ideologías neopunitivistas, ello por la profunda crisis que sufren algunas instituciones y que calan de manera negativa en la comunidad provocando sentimientos de inseguridad o incluso venganza. Ello ha terminado por generar, en palabras de algunos autores, una extraña cohabitación entre estos dos polos de evolución del moderno Derecho Penal: una corriente humanizadora del Derecho penal con base en el modelo de Justicia Restaurativa y una corriente neoretribucionista cuya finalidad sería el endurecimiento del sistema¹⁵.

No sólo las teorías resocializadoras supusieron un apoyo e impulso de la llamada Justicia Restaurativa sino que además otras corrientes extremadamente críticas con el formalismo exacerbado del modelo actual de Derecho Penal, conocidas usualmente como teorías abolicionistas, contribuyeron a crear un caldo de cultivo idóneo para su instauración y difusión.

¹⁵ FERREIRÓS C-E., SIRVENT A. Y OTROS: *“La mediación en el Derecho penal de menores”*. Ed. Dykinson S.L., 2011.

Estas teorías abolicionistas vienen a denunciar la apropiación que del conflicto entre delincuente y víctima hace el Estado a través de su brazo ejecutor, el Derecho penal, abogando por la desaparición total del sistema de Justicia penal concebido como tal en la sociedad actual.

CHRISTIE, en su trabajo “*Conflicts as Property*”, afirma que los juristas, los fiscales, los jueces y los profesionales se han apropiado de los conflictos, incluidos los crímenes, con el resultado del olvido de las personas directamente implicadas en su génesis¹⁶. Es la marginación a la que se ve sometida la persona que ha sufrido el daño producido por el delito y que obligatoriamente debiera ser consultada sobre el modo en que ha de ser reparado el mismo.

Pese a la coincidencia en ambos postulados, en determinados principios como la necesidad de participación de víctima y autor del delito en la solución del conflicto, los defensores de la Justicia Restaurativa no pretenden la supresión completa del sistema de Justicia penal, como así lo manifiestan los partidarios de las teorías abolicionistas, sino que tratarían de ser una alternativa a ese Derecho penal de carácter eminentemente formalista.

A juicio de MARTÍNEZ ESCAMILLA, hoy por hoy la justicia penal, por supuesto mejorable, no debe dejar de ser conceptuada como un servicio público, sin que este modelo tan crítico esté en condiciones de suplir satisfactoriamente las garantías que nos ofrece el actual sistema penal¹⁷.

¹⁶ CHRISTIE, N., “Conflicts as Property”. *British Journal of Criminology*, vol. 17, nº 1, trad. al español en MAIER, J.: “*De los delitos y de las víctimas*”, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

¹⁷ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., Y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M^a. P.: “*Justicia Restaurativa, Mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*”. Editorial Reus, SA. Madrid, 2012.

Quizás se trate de teorías, las abolicionistas, profundamente dramáticas en sus premisas y fundamentos pero que, a su vez, han conseguido abrir una profunda brecha en las concepciones rígidas y formales en las que se incardina el sistema legal de las sociedades actuales que se asienta sobre la base de un deficiente Derecho penal que no responde a necesidades y expectativas concretas, no ya de futuro, sino incluso de presente.

Es por todo ello y a raíz de las diferentes manifestaciones de insatisfacción con la Administración de justicia en EEUU y Canadá junto con la preocupación sostenida de parte de la doctrina, por lo que surgen corrientes de deslegalización y desjudicialización de los conflictos dictándose en 1980 la Dispute Resolution Act, donde se regulaban los proyectos iniciales de mediación. El movimiento se denominó genéricamente *Alternative Dispute Resolution* (ADR) y actualmente está experimentando un “reciclaje” en cuanto a la búsqueda de nuevas fórmulas de regulación de conflictos.

Históricamente se ha pasado de sociedades que dirimían sus conflictos internamente a sociedades que ceden poder al Estado, para que en nombre de la comunidad instaure las normas necesarias para la resolución de conflictos. La constante evolución social ha generado, dada la lenta adaptación de los sistemas de justicia a ésta, un movimiento que busca obtener soluciones rápidas y eficaces con participación ciudadana, provocando una crisis del Estado de Bienestar y consecuentemente del sistema penal en él empleado. Sería el modelo de Justicia Restaurativa una clara respuesta a estas necesidades¹⁸.

La evidente crisis de legitimación que sufre hoy el Derecho Penal “convencional” ha propiciado, en no escasa medida, la difusión de nuevos modelos de intervención social menos formalizados y, pretendidamente, más eficaces. El auge de la

¹⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN, J.M.: “Derechos humanos y problemas de fundamentación”. Ed Tecnos, 1999.

mediación o conciliación víctima-ofensor para hacer posible un acuerdo de contenido reparador es buena prueba de ello¹⁹.

Es por esto que la aparición de la Justicia Restaurativa ha supuesto una profunda crisis en el modelo de justicia retributiva, dado que sus características ponen en tela de juicio las bases de esta última, características entre las que se encuentran la informalidad del procedimiento a seguir, manifestándose éste como una vía flexible y ágil, junto a la voluntariedad y responsabilidad de las partes en el mismo. Es también a través del instrumento de la mediación que se logra el cumplimiento eficaz de los acuerdos alcanzados y la disminución de los casos de reincidencia.

En el sistema judicial en general existe un alto índice de reincidencia, ejecuciones de sentencia o modificaciones de medidas, generando ineficacia y lentitud en los Juzgados, cosa que intenta prevenir la Justicia Restaurativa evitando la revictimización.

Llegados a este extremo, se debe proceder a la inserción del instrumento de la mediación en el sistema legal, dentro del ámbito judicial, pero como una herramienta más, sin prescindir de ningún contenido o método y creciendo paralelo al sistema ya institucionalizado.

Así, se contempla y se introduce, en el Derecho penal de menores, la reparación y conciliación en los artículos 19 y 51 de la LO 5/2000, de 11 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (en adelante LORPM) a diferencia de la legislación penal de adultos que no contempla esta figura, y que tan sólo podríamos otorgarle eficacia a través de determinados instrumentos, como pueda ser el perdón del ofendido,

¹⁹ ALASTUEY DOBÓN, M. C.: *“La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales”*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pág. 234.

cuando esté previsto por la ley como ocurre en las faltas perseguibles a instancia de parte (art. 639 CP), en los delitos de calumnias e injurias (art. 215.3 CP), en daños causados por imprudencia grave (267.3 CP) y pocos casos más. También puede ocurrir que en un proceso por delito, si se llega a un acuerdo durante la fase de instrucción, el Ministerio Fiscal puede tenerlo en cuenta a la hora de elaborar su escrito de acusación y solicitar pena, pudiéndose llegar a una conformidad en función de la acción mediadora y acuerdo alcanzado (art. 738.4 LECrim.) e incluso tras el auto de apertura de juicio oral (art. 787 LECrim).

Es posible encontrar consecuencias penológicas al utilizarse la mediación y conseguir un posible acuerdo mediante la circunstancia de reparación del daño (art. 21.5 CP), aplicable como atenuante simple o muy cualificada. En fase de ejecución, la mediación puede ser valorada de cara a la suspensión (arts. 80 y ss CP) o sustitución de la pena (art. 88 CP), pudiéndose imponer el cumplimiento del acuerdo al que se hubiera llegado como condición a satisfacer durante el período de suspensión. Además puede ser tenida en cuenta a la hora de emitir informes favorables al indulto y adoptar la suspensión a la que hace referencia el art. 4.4 CP.

En fase de ejecución penitenciaria pueden ser tomados en consideración la mediación y el acuerdo de reparación en la aplicación de figuras que suponen una cierta ampliación de los márgenes de libertad, tales como la clasificación en régimen abierto (art. 72.5 y 6 LOGP y art. 80 y ss. RP), la concesión de permisos penitenciarios (art. 47 LOGP), la exclusión del período de seguridad del art. 36.2 CP, así como para la concesión de la libertad condicional ordinaria o anticipada (arts 90 y ss CP).

Tan hondo calado están teniendo estas teorías restaurativas que en nuestro país ya existe un Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito, de 24

de octubre de 2013²⁰, que alude a la justicia reparadora como derecho que asiste a la víctima y como procedimiento idóneo para una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito.

Todo ello provoca inevitablemente que se cuestione la posible colisión entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, dando la impresión de tratarse de dos vías distintas de solución de un conflicto. Aportaciones de autores como ROXIN ponen de manifiesto la existencia de un punto de unión y la complementariedad de ambos modelos, esto es, el proceso de mediación no elude la intervención del sistema penal, ni anula el papel de la administración de justicia. En este sentido, la mediación no supone una privatización de la justicia penal, porque corresponde al Estado, de un lado definir y delimitar el marco de la mediación –sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales- y de otro garantizar el cumplimiento de las garantías procesales, evitando eventuales abusos que pudiesen ocurrir. Se trata más bien de incluir de una manera más activa a la víctima y al infractor en el proceso, con el objetivo de la reparación, la responsabilización del daño y la petición de perdón –disculpas-, sin que se realice únicamente en el ámbito privado, sino también en el público, con la trascendencia social que permiten las salas de la administración de justicia. La mediación, por tanto no viene a suplir al sistema de justicia penal existente, sino a complementarlo, humanizarlo y racionalizarlo. En último extremo sirve para acallar los sentimientos de venganza de las víctimas en la petición de un incremento punitivo del Estado que nada aporta a la pacificación y a la convivencia social²¹.

Es cierto que existen voces que discrepan de lo hasta ahora manifestado o que por los menos son cautos a la hora de definir o incluso situar el lugar que ha de ocupar

²⁰ Anteproyecto que dimana de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, y que en sus artículos 3, 5.1.k), 15 y 29 hace expresa alusión a servicios de justicia restaurativa.

²¹ RIOS MARTÍN, J.C.- PASCUAL RODRÍGUEZ, E. Y OTROS: *“La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano”*. Ed. Colex, 2ª ed. Madrid, 2008.

la Justicia Restaurativa y concretamente la mediación en nuestro sistema legal. Así, autores como MARTÍN DIZ afirman que *“conjuntar un sistema de mediación penal con un proceso jurisdiccional como el actualmente vigente en España supone afectar, de una u otra forma, la médula espinal de la justicia penal, y muy especialmente en lo relativo a la disponibilidad de la acción penal y de los derechos materiales subyacentes. Sobre todo en la línea de aplicación del binomio oportunidad-dispositivo y del principio de necesidad-legalidad”*²².

Es por todo ello que pensamos que se trataría de un principio de oportunidad que buscara no sólo la celeridad y el aligeramiento de la justicia sino también una justicia más práctica y eficaz dentro del propio sistema reglado, hecho que entroncaría directamente con el principio de intervención mínima que informa el Derecho penal y que cuenta como fundamento axiológico el evitar la penalización excesiva de un conflicto, acudiendo sin más al *ius puniendi* del Estado como instrumento para salvaguardar la paz social.

Existen ciertos problemas a la hora de dar una definición común de Justicia Restaurativa, aunque se pueden encontrar determinados mínimos que la conforman, coincidiendo diversos autores en la existencia de un proceso de diálogo entre las partes para la solución de un conflicto en el que se hayan inmersas y que es sumamente beneficioso tanto para víctima como para victimario, protegiendo la paz social y otorgándoles la disponibilidad sobre dicho proceso, procurando la responsabilización del infractor y la reparación del daño a la víctima y a la comunidad con la consecución de un posible acuerdo.

²² MARTÍN DIZ, F.: *“La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia”*. CGPJ. Madrid, 2010, p. 306.

Los principios que definen la Justicia Restaurativa son los siguientes²³:

1.- *La reparación nace del movimiento a favor de la víctima y la recuperación de su papel en el proceso penal.*

2.- *La reparación cumple no solamente una función individual del autor respecto de la víctima, sino también un fenómeno pacificador propio del Derecho penal.*

3.- *La reparación penal no se puede confundir con la indemnización civil a las víctimas.*

4.- *La voluntariedad en la reparación es un punto crucial.*

5.- *La reparación forma parte de un concepto de justicia negociada aunque no por ello más rápida.*

6.- *La Justicia reparadora se sitúa en el seno del Derecho penal.*

En definitiva, y dadas las especiales características que configuran la Justicia Restaurativa, hemos de abogar por su integración y evolución dentro del sistema penal como un complemento o, incluso, como una alternativa a éste, considerando que los instrumentos restaurativos procederán únicamente cuando se den determinadas circunstancias, esto es, cuando exista un indicio fuerte de culpabilidad, delito flagrante o reconocimiento de hechos, no reincidencia o escasa y voluntad de reparar, entre otros, pero siempre valorándose cada caso concreto. Ejemplo de estas nuevas corrientes es la apuesta que por la mediación hacen las Instituciones internacionales, entre ellas la Unión Europea y Naciones Unidas.

²³ GIMÉNEZ- SALINAS I COLOMER, E.: "La mediación: una visión desde el derecho comparado", en ROSSNER, D., Y OTROS: "La mediación penal". Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Cataluña". Barcelona, 1999, pp. 94 y ss.

2. Mediación como garantía de tutela judicial efectiva.

Analizar el significado de garantizar, dar garantía de que una cosa va a suceder o realizarse, implica prever que la figura de la mediación no supone un impedimento para que cualquier ciudadano pueda obtener la tutela de jueces y tribunales, es más, supondría ampliar el contenido de dicho derecho, teniendo como telón de fondo el principio de seguridad jurídica, el cual se podría definir como la última ratio de todos los derechos reconocidos por el ordenamiento.

Revisando nuestros propios antecedentes, este derecho a la tutela judicial efectiva, no ha sido siempre tan concluyente, de modo que nuestra Constitución de 1812, por puras razones históricas, no reconocía este derecho como tal e incluso parecía limitar la intervención de los jueces potenciando otras formas de solución de conflictos (arts. 280 y ss de este texto constitucional).

Hemos de partir de que ya el precedente, digámoslo así, de la mediación, que podría ser el arbitraje, es un procedimiento que, de forma alternativa, pretende resolver con garantías una controversia jurídica. Pero aunque el arbitraje es producto del ejercicio de la libertad de los ciudadanos frente al Estado, es el mismo Estado quien *“asegura a los ciudadanos el derecho a la tutela judicial efectiva, no como un derecho de libertad, pero sí como un derecho prestacional, aunque no puede imponer a los ciudadanos el ejercitar ese derecho, tampoco puede limitar la libertad de esos ciudadanos para acudir a otros sistemas de decisión de sus controversias”*²⁴.

El artículo 24 de la CE, garantiza el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva²⁵. Este es un derecho básico que se protege a través de diversas leyes, dentro de

²⁴ MONTERO AROCA, J.: “Artículo 2. Materias objeto de Arbitraje”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*, pág. 107. Civitas, Barcelona, 2004.

²⁵ Debe escogerse la vía del arbitraje de forma totalmente voluntaria y no debe ser impuesta a las partes, como los arbitrajes forzosos que existieron pero que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

las cuales está la ley de Arbitraje (art. 24.1 LA). Evidentemente, nos hemos de referir en concreto al procedimiento arbitral puesto que se encuentra legalmente regulado y existe incluso Jurisprudencia al respecto, compartiendo como comparte los fundamentos básicos de la mediación aunque se diferencien en determinadas formas.

Quienes optan por la vía arbitral no están renunciando a la tutela judicial efectiva de los tribunales del Estado en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sino que se están poniendo de acuerdo para utilizar una vía alternativa al proceso legal. Esto es reflejo de la libertad, valor superior del ordenamiento jurídico, junto con la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE). La Constitución española no impone acudir a la jurisdicción de forma exclusiva y excluyente, sino que admite la solución extrajudicial de los conflictos que se fundamenten en la propia voluntad de los interesados.

Los derechos subjetivos consagrados en el artículo 24 de la CE tienen naturaleza procesal y garantizan ciertas reglas y principios básicos. El ámbito de este derecho a la tutela judicial efectiva es universal, es decir, comprende todo tipo de intereses y derechos legítimos, garantizando que toda situación jurídica tenga una tutela jurisdiccional²⁶. Esto no excluye que la resolución de un conflicto se lleve a cabo mediante árbitros, ya que ésta es otra posibilidad legalmente contemplada y por tanto, permitida. A través del arbitraje se ejerce también el derecho fundamental a la tutela de

se ha encargado en enmendar, declarando la consiguiente nulidad de dichos preceptos. Tal es el caso del artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. La Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Pleno, nº 174/1995, de 23 de noviembre (Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto), declaró inconstitucional este artículo, ya que establecía un sistema de arbitraje imperativo e institucional, al ser necesario para acceder a la jurisdicción el consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. Establece la sentencia que *“el fin del arbitraje es ser un medio idóneo para descargar a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa y obtener una mayor agilidad en la solución de controversias, pero al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al Derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”*.

²⁶ MERINO MERCHÁN, J.: *“El equivalente jurisdiccional en el derecho público español”*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional. Madrid, 2002, pág. 16.

los tribunales, el árbitro debe prestar dicha tutela igual que un juez, aplicando unas mismas garantías constitucionales.

Es clarificadora la propia Exposición de Motivos de la anterior Ley de Arbitraje (1988) cuando establece que: “*el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la CE*”.

Sin lugar a dudas hemos de hacer referencia al principio de autonomía de la voluntad, valor supremo del ordenamiento jurídico, de modo que los ciudadanos puedan optar por distintos instrumentos para resolver sus controversias, eligiendo lícitamente la vía arbitral cuando ésta ofrezca garantías análogas al proceso jurisdiccional²⁷.

Sin embargo, es obligado analizar ese principio de autonomía de la voluntad como punto contradictorio a salvar dentro del marco de la mediación penal en concreto, dado que como tal se inserta dentro de la libertad contractual, característica del Derecho privado y no del Derecho público (derecho penal) en el que rige la norma. Ello reclama una redefinición del papel que tienen establecido los titulares del *ius puniendi* sin que esto suponga una pérdida de seguridad jurídica, merma de tutela judicial efectiva o en última instancia, incluso pudiera parecer un intento de privatización solapado. Nada más lejos de la realidad dado que es el propio Estado el que va definir y delimitar su marco de actuación, estableciendo sus límites tanto objetivos como subjetivos o formales, ostentando el control posterior a través de los correspondientes órganos (Ministerio Fiscal y Juez).

En una línea similar, el Tribunal Constitucional ha definido reiteradamente al arbitraje como un “*equivalente jurisdiccional*”, garantizando la tutela de los derechos de

²⁷ MERINO MERCHÁN, J.: “*Tratado de Arbitraje Interno e Internacional*”. 2ª ed. Civitas SA. Madrid, 1991, pág. 34.

los ciudadanos por el Estado, afirmando su constitucionalidad y otorgándole al laudo el mismo valor y eficacia que a una sentencia, aunque sea un procedimiento desarrollado de forma privada²⁸. *“La fuerza jurídica que el ordenamiento jurídico ha venido otorgando y otorga a la decisión arbitral, las garantías de los principios esenciales del proceso que se predicán y exigen del sistema arbitral en su conjunto, abogan por la consideración del arbitraje como uno de los medios de tutela que los ordenamientos jurídicos han querido presentar a los ciudadanos. Ese medio de tutela, al que se acude por ejercicio de la libertad, es controlado por el Estado, tanto desde el punto de vista legislativo, es el poder Legislativo el que aprueba la Ley de Arbitraje, como desde el punto de vista del Poder Judicial, a través del ejercicio de la posible anulación del laudo firme (...), o a través de la función de ejecutar lo juzgado por los árbitros”*²⁹.

La Sentencia nº 176/1996 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, afirma en su fundamento jurídico cuarto, tras el recurso de amparo presentado alegando menoscabo al derecho de tutela judicial efectiva garantizado en la Constitución por no haber entrado el órgano jurisdiccional a valorar el fondo del asunto, ante una acción de anulación del laudo, que *“tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino*

²⁸ Vid. STC 62/1991, de 22 de marzo (Fundamento jurídico 5º).

²⁹ BARONA VILAR, S.: *“Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia. Arbitraje y Justicia en el siglo XXI”*. Ed. Thomson Civitas, Estudios sobre Arbitraje. Pamplona, 2007, pág. 57.

un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)”.

Es curioso que incluso se argumente para excluir el arbitraje como modo eficaz de tutela judicial, en el caso específico de materia societaria, la existencia de conflictos de competencia con la jurisdicción ordinaria, en virtud del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y la no existencia de norma expresa en la legislación societaria que lo permita.

Sin embargo, la pretendida competencia judicial exclusiva no puede oponerse como argumento antiarbitral, ya que como la doctrina ha recalcado, una cosa son la reglas de competencia objetiva entre los tribunales del Estado, que las partes no pueden disponer y otra, muy diferente, la libertad de las partes de introducir un pacto arbitral estatutario para resolver sus conflictos.

De todas formas, no resulta apropiado citar el artículo 22.1 de la LOPJ en este contexto, debido a que este artículo regula la extensión y los límites de la jurisdicción española con respecto a la extranjera, determinando qué materias corresponden de forma exclusiva a nuestra jurisdicción; sin que en ningún caso se refiera a la relación entre la competencia de los tribunales con respecto a la arbitral, la cual ha sido expresamente admitida por la Ley de Arbitraje³⁰.

No sería correcto pensar que cada ley deba establecer expresamente si admite o no el arbitraje. El artículo 19.1 de la LEC, permite a los litigantes someter a arbitraje el objeto de un juicio e incluso transigir sobre lo que sea objeto del mismo, exceptuando

³⁰ CAMPO VILLEGAS, E.: “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2/1998. Barcelona, pág. 341.

únicamente las materias que la Ley así lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de terceros.

Para evitar confusiones, el poder de transigir se regula de forma autónoma en los artículos 1809 y ss del Código Civil, concretamente este artículo dice así: *“La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”*.

De este artículo se desprende que el elemento esencial de una transacción es que ambas partes renuncian a algo en aras de la paz jurídica. Sin embargo, en el arbitraje no es necesario hacer ningún tipo de renuncia, ya que únicamente se presenta como una opción para las partes con el fin de que encaucen el procedimiento a través de un medio diferente a la jurisdicción, pudiendo concederse íntegramente las pretensiones de una sola de las partes, tal y como ocurre en un proceso judicial³¹.

El arbitraje y la transacción tienen en común su fin: la resolución de una controversia sin la intervención de un juez. Pero se diferencian en que la transacción comporta la eliminación instantánea de la litis por obra de las partes, haciéndose concesiones recíprocas, sin que exista una decisión de carácter jurisdiccional motivada, ni un vencedor ni un vencido. En cambio, en el arbitraje el problema es resuelto por un tercero imparcial a través de un procedimiento específico. *“Quien compromete no abdica o renuncia a un interés, un derecho o potestad, quien compromete dispone únicamente del derecho jurisdiccional, es decir: el derecho a que la tutela judicial de sus derechos sea administrada por la jurisdicción ordinaria. No por ello renuncia, abdica o transige el derecho sustantivo o su acción. Si se quiere en los términos gráficos del CC –art. 6.2- el compromiso es exclusión voluntaria del orden procesal,*

³¹ REGLERO CAMPOS, L.: *“El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988)”*. Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991, pág.139.

pero no de la Ley material aplicable para solventar la controversia o de los derechos en ella reconocidos”³².

Visto así, la mediación no puede en ningún caso cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva, privando al ciudadano del acceso al proceso judicial, sino todo lo contrario, más bien evita la lesión de ese principio fundamental dado la saturación judicial existente y la dilación de los procedimientos en esa vía. El carácter complementario de las ADR queda claro y manifiesto en el Libro Verde de la Comisión Europea, donde se aprecia claramente que su uso queda dentro de la tutela que garantiza cualquier Estado a sus ciudadanos, sin renuncia a que ésta pueda ser también de carácter judicial³³

En definitiva, en ese derecho a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos no sólo se desarrollan los derechos del imputado por un hecho criminal sino que también se incluye el derecho de la víctima a obtener información y a participar en el proceso, así lo establece la propia Jurisprudencia en STC de 22 de marzo de 1993.

Volviendo a lo manifestado anteriormente es la seguridad jurídica lo que se intenta preservar a través de nuevos instrumentos de apoyo a la resolución de conflictos, respetando todos y cada uno de los principios jurídico-políticos que conforman nuestra cultura jurídico-constitucional.

³² LEIBLE, S., LEHMANN, M.: “El arbitraje en Alemania”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, pág 158.

³³ Vid. Libro Verde de la Comisión Europea de 19 de abril de 2002, pág. 9: “*Las ADR desempeñan un papel complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, en la medida en que, a menudo, los métodos aplicados en las ADR se adaptan mejor al carácter de los litigios. De esta manera las ADR pueden permitir a las partes entablar un diálogo, que de otro modo hubiera sido imposible entablar, y evaluar por sí mismas la conveniencia de dirigirse a los tribunales*”.

El análisis se hace partiendo de la premisa de que la mediación es un instituto que responde a circunstancias históricas que se consolidan en la actualidad (culturales, económicas, sociales...) y a la influencia de la globalización de ideas y de las formas alternativas de resolución de controversias, donde el valor tutelado es la ya mencionada seguridad jurídica, a través de un medio mucho más rápido que el proceso judicial. Por tanto, su carácter voluntario es lo que garantiza la posibilidad de acudir a la tutela de jueces y tribunales, de modo que contribuyen a que las resoluciones de éstos sean más eficaces y rápidas, mejorando así todo el sistema judicial.

A pesar del instaurado sistema de libertades y derechos adquiridos por los ciudadanos, es el propio sistema de Justicia el que genera cierta inseguridad e inquietud, siendo el mismo Gobierno español el que ponga en marcha el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia en el año 2001, el cual, en palabras del Ministro de Justicia, “*tiene el norte puesto en las necesidades de los ciudadanos*”, y contempla la agilización y rapidez de la Justicia, la necesidad de potenciar la desjudicialización de conflictos desarrollando e impulsando “*fórmulas eficaces de arbitraje, mediación y conciliación*” que inciden en el fomento de soluciones pacíficas basadas en el diálogo. En la misma línea, en el Libro Blanco³⁴ sobre la justicia, dentro de sus 117 propuestas para el Pacto de Estado, por parte del Consejo General se destacaba la necesidad de acudir a soluciones alternativas y especialmente a la mediación. Por ello, en las citadas propuestas se insistía en incorporar el principio de oportunidad a la legislación penal en base a las experiencias en el campo de justicia de menores³⁵.

De todo lo manifestado se entiende que la tutela de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la Norma Constitucional no corresponde exclusivamente al Poder Judicial, sino a todos los poderes del Estado o a cualquier Administración

³⁴ CASANOVAS POMPEU, MAGRE JAUME Y LAUROBA M^a ELENA (Directores): “*Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*”. Edita: Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya. Producción editorial: Huygens Editorial, 1^a Edición, 2011.

³⁵ GIMÉNEZ-SALINAS, E.: “La Mediación penal en España: el ejemplo de Cataluña”. *Revista Justicia i Societat*, nº 19, Barcelona, 1999.

Pública e incluso a todas aquellas instituciones de carácter privado que deben respetarlos y en última instancia hacerlos efectivos (arbitraje, mediación, conciliación, entre otras). De este modo, la tutela judicial efectiva, como acceso a la vía judicial, habría de ser la *ultima ratio*, el último recurso a utilizar si fallasen otros mecanismos anteriores. Es más, claro ejemplo de que nos hallamos ante modos de tutela judicial efectiva en el caso del uso de mediación, es la existencia de una mediación intrajudicial, derivación a mediación desde dentro del propio proceso. Por la que se ha de concluir que la mediación no se ha de contemplar como una alternativa a la tutela judicial efectiva, sino como una forma más de prestar esa tutela judicial efectiva.

Por último, hacer mención especial, por la trascendencia que pudiera tener en la actualidad, al hecho de que según algún autor, como MEJÍAS GÓMEZ³⁶, con el que compartimos opinión, la tutela judicial no sólo se circunscribe a la posibilidad de acudir a los tribunales sino que va más allá, en el sentido de que esa tutela debe abarcar aspectos tales como la empatía, escucha activa, el uso del “*lenguaje no verbal*”, diferenciación entre posición e interés que ha de ejercitar el propio poder judicial y que escasamente ejercita en la práctica, mientras que a través de instituciones como la mediación se fomenta y se aplica continuamente. No sólo se ha de ser eficaz, sino que ha de humanizarse esa eficacia para conseguir objetivos viables y con posibilidad de futuro.

3. ¿Mediación versus presunción de inocencia?

Es posible pensar que la figura de la mediación ha podido generar tensiones por sus propias características en relación con el principio de presunción de inocencia, que no es más que una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Para abordar esta cuestión hemos de comenzar preguntándonos si el hecho de participar en un

³⁶ MEJÍAS GÓMEZ, J. F.: “*La mediación como forma de tutela judicial efectiva*”. Ed. El Derecho y Quantor, SL., Madrid, 2009. Pág. 68 y ss.

proceso de mediación puede interpretarse como un reconocimiento de los hechos imputados por parte del presunto autor. Inmediatamente se ha de responder de forma afirmativa si atendemos a que en la mayoría de los casos la satisfacción de las necesidades de la víctima pasa porque el autor reconozca los hechos. Sin embargo, exigir al presunto autor que reconozca los hechos imputados significaría pedirle que admita su autoría y ello, podría suponerle una posterior sentencia condenatoria, tal y como sucede en la figura de la conformidad.

Centrándonos en la cuestión previa, sería oportuno dilucidar si el reconocimiento de los hechos sería necesario para derivar un caso a mediación. Hay autores que niegan tajantemente que la colaboración en el proceso de mediación implique la asunción de autoría, *“por lo que no debe requerirse el reconocimiento de hechos, ni como presupuesto para derivar el caso a la mediación, ni como contenido del posible acuerdo”*³⁷.

Creemos que de ningún modo debe la mediación evolucionar de forma paralela a la figura de la conformidad, donde la confesión de los hechos no significa la asunción de responsabilidad ni siquiera que el acusado se considere culpable. A veces, todo ello supone la renuncia de quien se considera inocente a apostar por un juicio en el que no las tiene todas consigo y de donde puede salir *“peor parado”*³⁸.

Por ello, y porque en muchos casos en la información que se proporciona al imputado sobre la mediación se contiene expresamente que su fin es la reparación del daño causado, no es de extrañar que su aceptación pueda ser interpretada como un

³⁷ SÁEZ RODRÍGUEZ (coordinadora): *“La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación”*. Ed. Centro de Estudios Jurídicos, Thomson/Aranzadi, 2008, pág. 327.

³⁸ DEL MORAL GARCÍA, A. en SÁEZ RODRÍGUEZ (coordinadora): *“La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación”*. Ed. Centro de Estudios Jurídicos, Thomson/Aranzadi, 2008, pág. 382.

reconocimiento de autoría, que, por supuesto, no significa reconocimiento de responsabilidad penal, pues no prejuzga la concurrencia de causas de justificación o de exculpación. Por esta razón, la existencia de un reconocimiento de hechos, más o menos claro, es perfectamente compatible con ciertas protestas de inocencia (refiriéndose a eventuales eximentes).

La aparición de ciertas pruebas o la realización de determinados actos que pudieran suponer un mero indicio de culpabilidad no vulnera la presunción de inocencia y, por tanto, podrá ser valorado por el juez. Ello no significa que estemos ante pruebas de culpabilidad, pero sí ante pruebas o conductas valorables. Que el proceso de mediación no suponga actividad probatoria no significa que los actos externos del proceso de mediación sean totalmente neutros desde el punto de vista probatorio.

Obviamente, acceder a iniciar el proceso de mediación es una conducta procesal externa y objetiva que no significa que se admita la culpabilidad, pero que tampoco es neutra desde la perspectiva de la valoración global de la prueba, no resultando razonable ni real obligar a jueces y fiscales, ante el fracaso de la mediación, a actuar como si ésta no se hubiese producido. Sentido común y presunción de inocencia son totalmente compatibles, lo que no sería lógico es negar valor probatorio a la confesión inicial o a las declaraciones de testigos que inculpan en fase de instrucción a una persona porque supongan menoscabar la presunción de inocencia y generan en el juez la impresión de que probablemente el imputado es el autor de los hechos que él mismo reconoce y que le achacan las víctimas. Así, el derecho a la presunción de inocencia exige que sólo tras la celebración de juicio oral y la convicción plena del Tribunal de la autoría de los hechos, basada en la concurrencia de esas pruebas, que quedará plasmada en la correspondiente sentencia firme, se pueda tener a todos los efectos legales por culpable a una persona.

Para que la decisión del imputado de someterse a mediación no le genere dudas por el hecho de que conllevaría una asunción de la autoría de los hechos y su consiguiente condena pese a que desistiese de la continuación del proceso de mediación, sería conveniente que la ley reguladora de la mediación determinase la imposibilidad de valoración³⁹. Por ello, habría que informar al imputado para que pudiera adoptar su decisión consciente de estas posibles repercusiones.

Se han de tener en cuenta ciertas premisas, no carentes de fundamento, a la hora de valorar lo relativo al procedimiento de mediación, así:

- a. Todo lo conocido por el mediador durante dicho proceso es objeto de secreto profesional, y, por tanto, no puede ser obligado a declarar sobre ello (art. 24 de la CE).
- b. Igualmente toda la documentación aportada ha de permanecer ajena al proceso judicial, con excepción, en su caso, del acta final. No es una fase destinada a recabar pruebas o a investigar. Las actividades de mediación no son actividades probatorias.
- c. La víctima debe respetar el deber de secreto o sigilo sobre las vicisitudes del proceso de mediación de las que haya sido testigo o protagonista en función de la confidencialidad pactada. Debe imponerse a las partes del proceso (acusación pública o particular o popular) la imposibilidad de preguntar sobre tales vicisitudes, aunque, desgraciadamente, se agrave todavía más la victimización. En todo caso, de producirse las declaraciones podrán ser valoradas por el juzgador si se incorporan válidamente al proceso, cumpliendo las exigencias legales establecidas sobre la validez de la prueba.
- d. La apertura voluntaria y cierre del proceso de mediación son elementos que pueden ser tomados en consideración dentro de la

³⁹ RÍOS MARTÍN Y OTROS: *“La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo y reducción de la violencia y el sufrimiento humano”*. Ed. Colex, 2ª ed. 2008, pág. 103.

valoración probatoria.⁴⁰

Lógicamente si la mediación se produce y las partes ratifican el acuerdo, en principio, no existiría problema alguno salvo que, en el acuerdo firmado, el infractor reconociera expresamente los hechos o si se reconocieran en el informe que el mediador presenta al órgano judicial cuando iniciada la mediación se desiste de ella o incluso producido el acuerdo no se ratifica posteriormente. En ambos casos existen opiniones contradictorias, decantándonos por intentar salvaguardar a toda costa el principio de presunción de inocencia para mantener intactas las garantías procesales que confiere la legislación al imputado por un delito, esto es, en ninguno de los supuestos se ha de incluir un reconocimiento expreso de hechos dado que esto no impide la efectiva realización, en cualquier caso, del acuerdo y, en todo caso, si preserva este principio de presunción de inocencia de cualquier inferencia.

Lo que se espera de un procedimiento de mediación es que se garantice la confidencialidad, especialmente por el mediador que interviene, y que se produzca la reparación acordada. En caso de acuerdo, se ha de determinar únicamente en qué ha consistido y si se ha realizado, esto lo diferencia del proceso penal. De no existir acuerdo no debe trascender nada (especialmente hacia el juzgador), ya que el supuesto reconocimiento de hechos que pudiera desprenderse por la simple participación no contempla la concurrencia de posibles causas de exención de la responsabilidad, así pues, lo que de mínima actividad probatoria pudiera tener debería servir para beneficiar penalmente al imputado y no para acusarle por hechos no controvertidos, reconocidos y probados en sede judicial.

⁴⁰ DEL MORAL GARCÍA, A. en CARABANTE MUNTADA (coordinador): *“La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica”*. Centro Universitario Villanueva, Madrid. Netbiblo, 2010, pág. 64.

Es por ello que se ha de relativizar la trascendencia práctica de este problema, adoptando actitudes de cautela y prudencia, pues normalmente se derivarán a mediación supuestos en los que, además de la posibilidad de reparación, o bien se reconocen los hechos (supuesto que habría que dejar a elección del infractor) o bien desde el principio aparece suficiente material probatorio de la autoría.

UNIDAD III: LOS PROGRAMAS RESTAURATIVOS

Schmitz, Jean. Prácticas Restaurativas.

Prácticas Restaurativas

Jean Schmitz ¹

SUMARIO

Escena 1: En el centro de internamiento de adolescentes infractores de Cuzco.- Escena 4: Visita a la cárcel de adultos de Lurigancho.- Las Penas. Las cárceles.- Las prácticas restaurativas como alternativa.- La ventana de la disciplina social.- Relato de una Reunión Restaurativa: Una breve mirada a un caso concreto.-

RESUMEN

Cuando me propusieron escribir este artículo, opté por iniciarlo con algunos apuntes de mi experiencia humana y profesional en el Perú. Considero que estos breves relatos me permiten expresar e ilustrar mejor mis sentimientos, opiniones e ideas, arraigándolos en la experiencia concreta, para desarrollar luego el tema de las prácticas restaurativas, una ciencia social, que permite prevenir y atender apropiadamente las tensiones y conflictos, con la participación activa de todos sus protagonistas.

PALABRAS CLAVE

Justicia restaurativa, prácticas restaurativas, reunión restaurativa.

Abstract

When they proposed me to write this article, chose to start with some notes of my human and professional experience in the Peru. I believe that these short stories allow me to express and illustrate better my feelings, opinions and ideas, rooting them in concrete experience, to then develop the topic of restorative practices, a social science, which allows you to prevent and treat appropriately tensions and conflicts, with the active participation of all its protagonists.

Key words

Restorative justice, restorative practices, restorative meeting.

Escena 1: En el centro de internamiento de adolescentes infractores de Cuzco

Hace unos años, visité el centro para adolescentes infractores de esa ciudad, me llamó mucho la atención un chico cuyos pasos se cruzaron con los míos en el patio porque parecía un niño más que un adolescente. Efectivamente, tenía tan solo 12 años y parecía muy frágil por su cuerpo menudo y la mirada perdida. Le pregunté que cómo le iba por allí. En voz baja y con los hombros caídos, respondió: “Bien,

¹ Director del Instituto Latinoamericano de Prácticas Restaurativas, de nacionalidad Belga, máster en ciencias políticas y cursando un máster de prácticas restaurativas (80% avanzado).

gracias". En seguida le pregunté ¿Cuánto tiempo había pasado sin ver a sus padres? Me contestó: "*No sé, hace tiempo*". Este niño provenía de una comunidad rural muy lejana. Mirándolo a los ojos, me era inevitable pensar en mis propios hijos. Siguiendo mi camino, averigüé el motivo de su detención, había robado comida en un mercado. Llevaba cinco meses encerrado, sin recibir sentencia. ¿Cómo no sentirse mal e incómodo! Cuesta entender algo así. Si bien no tenía todos los elementos para evaluar el caso y emitir una opinión definitiva, me dolió conocer la situación de este muchachito.

Resulta inevitable preguntarse si no había otra forma de que la autoridad interviniera en el caso de este chico. ¿Cuántos casos semejantes hay en nuestros centros juveniles? ¿Cuántos adolescentes son internados por cometer una infracción leve, en lugar de recibir una medida alternativa a la privación de la libertad o una remisión² ligada a un programa de acompañamiento? ¿Cuáles son las posibilidades y alternativas previstas en las normas? ¿Cuántos carecen de la oportunidad a ser defendidos y protegidos en estricto cumplimiento de lo que manda la ley? ¿En qué ayuda este internamiento a que la víctima del robo de unos alimentos se sienta satisfecha en cuanto a sus propias necesidades e intereses?

Escena 2: En el Centro Juvenil Femenino de Santa Margarita

En una época no tan lejana solía visitar regularmente el Centro Santa Margarita, único centro juvenil femenino en todo el país, localizado en el distrito de San Miguel de la ciudad de Lima. En aquel tiempo había 42 internas³, cantidad apropiada para realizar un trabajo de rehabilitación adecuado bajo la conducción de profesionales competentes y motivados en su mayoría. El centro funcionaba bajo el liderazgo de una directora convencida de poder encontrar siempre el potencial y los recursos en cada una de las internas, y así, poder propiciar en ellas un cambio positivo que les permitiera a su salida, tener un proyecto de vida.

Acostumbraba ir cada lunes, durante la actividad de aprendizaje de cosmética (peluquería, manicura, pedicura), ofrecida por una instructora muy hábil para entablar comunicación con las internas y motivarlas. A la tercera visita, estas jóvenes ya no tenían más inhibición de practicar cortándome las uñas o el pelo. Había logrado mi objetivo de entablar una comunicación sincera, crear confianza y promover empatía. Nada más. No me importaba si mi cabello no quedaba tan bien cortado. Nunca podré olvidar a M. J., que me contó su historia personal a lo largo de mis numerosas visitas. Me dijo que la mayoría de los profesionales del centro la había tratado bien en los dos años y diez meses de internamiento, con control y respeto, con disciplina y apoyo, con autoridad y afecto. Me dijo que había reflexionado y sentía mucho arrepentimiento y dolor. Sentía que había aprendido

² La remisión fiscal otorga al fiscal el poder de excluir el caso de un proceso penal y optar por una respuesta social responsable, con un seguimiento efectivo.

³ En febrero del 2012, el centro tenía unos 55 internas femeninas.

mucho y que no quería ser la misma de antes. Tenía ya teorizado un nuevo proyecto de vida, trabajar en una peluquería. Yo estaba convencido de su sinceridad, su reflexión intensa y su asumida responsabilidad. Al cabo de varias visitas, ya no tenía duda.

Sin embargo, a medida que se acercaba la fecha de su liberación, M. J. se encontraba cada vez más conflictuada entre dos emociones contradictorias. Por un lado, tenía sentimientos de felicidad y gozo por la perspectiva de recobrar la libertad, de caminar por fin lejos de las rejas y –*Dios quiera*, como ella decía– poder trabajar en una peluquería y formar una familia.

Por otro lado, la abrumaban sentimientos de angustia, miedo, incluso pánico y rabia ante la posibilidad de una salida hacia la incertidumbre, el vacío, lo desconocido, el riesgo de recaer, el temor de volver a encontrarse con las víctimas de sus infracciones, los miembros de su familia disfuncional o sus “amistades” aún metidas en la mala vida.

M. J. quería abrir la puerta ya, pero tenía miedo de salir y caminar, pues no sabía por dónde ir, ni con quién andar. En su rostro de cada lunes, yo veía su sonrisa transformarse en llanto y luego el llanto convertirse en sonrisa. Estaba desconcertada e insegura.

¿Cuántas jóvenes como ella están listas y sinceramente dispuestas a cambiar y ser personas positivas, colaboradoras y productivas para la sociedad, pero carecen de apoyo en el momento crucial de reiniciar sus vidas? ¿Cuántas están realmente preparadas para cruzar las rejas e integrarse nuevamente a la sociedad? ¿Qué hacen la sociedad y el Estado para reconocerlas como personas, como ciudadanas rehabilitadas e integradas, en vez de etiquetarlas como “ex delincentes”? ¿Cómo reaccionarán las víctimas de las infracciones de M. J. al enterarse de su salida?

Escena 3: En una comisaría de la Policía Nacional en El Agustino

Hace unos cinco años, fui promotor y responsable de un proyecto piloto de aplicación de justicia juvenil restaurativa en el distrito de El Agustino en Lima. Al iniciarlo, presencié casualmente una situación que me provocó una mezcla de enojo, confusión, empatía y tristeza. Solo la observé con toda atención de principio a fin, sin intervenir. Yo estaba petrificado ante la escena. No era la única persona que la presenciaba; estábamos varios en la comisaría, hombres y mujeres, pero la mayoría asistía a la escena con indiferencia, como diciendo: “no es mi asunto, no me meto”.

Una mujer había sido asaltada violentamente por tres jóvenes, que le robaron su cartera con sus documentos personales, celular y dinero. El hecho acababa de ocurrir, a plena luz del día, muy cerca de la comisaría. La mujer estaba muy

nerviosa y entró pidiendo auxilio a los policías para perseguir a los asaltantes y recuperar sus pertenencias. No le hicieron caso y ella siguió gritando hasta que un policía se acercó a increparle en plena cara: *“¿Por qué grita así? No sirve de nada gritar, espere, que ya la atenderán en algún momento”*.

La víctima del asalto, desconcertada, siguió con sus quejas, insistiendo en la urgencia.

Recibió entonces, con estupor, una nueva respuesta aún más cortante: *“Espere su turno, como todos, usted no es la única aquí, o vaya a calmarse afuera”*. La sorpresa y el sobresalto de la mujer al escuchar esta respuesta con un tono de voz autoritario, fueron mayúsculos y la movieron a una situación de gran enojo, casi rabia, atacando verbalmente al policía que no le prestaba auxilio como ella esperaba.

Entonces la mujer buscó entre los presentes algún apoyo, narrando lo que le había sucedido en voz alta y entrecortada, suplicando que alguien la atendiera. Después de unos segundos de silencio, con lágrimas y la voz quebrada, se retiró de la comisaría reprochando que a nadie le interesaran los asaltos y la delincuencia en las calles; hasta atribuyó a los policías pertenecer a la misma banda que la agredió.

Lamentablemente esta historia no es un caso aislado. Al contrario, es muy común. La víctima no fue atendida como es debido, de un modo justo, respetuoso y comprensivo. Esto no significa que los policías tendrían que descuidar el trabajo que hacían, pero al menos uno de ellos, hubiera podido cumplir mínimamente con las expectativas de la víctima, como cuando se presenta un caso de emergencia en una posta médica.

¿Tan difícil era que uno de los agentes (o de las personas allí presentes, empezando por mí) intentara tranquilizarla, escucharla, proponerle sentarse e invitarle un vaso de agua, o tomarle sencillamente la mano y darle una palmadita en la espalda como consuelo? Así, todo hubiera sido diferente. De la rabia, la mujer hubiera pasado a la aflicción, recuperándose poco a poco del susto. En cambio, la indiferencia y la insensibilidad de aquel policía, como de todos los que estábamos presentes, prevalecieron, victimizándola por segunda vez.

No hay justicia posible si no se toman en cuenta las necesidades e intereses de las víctimas, si no hay oportunidad de que los daños que han sufrido sean reparados. No es justo asignar a la víctima un rol pasivo y burocrático como denunciante o testigo, e indicarle que espere su turno, sin que sus emociones puedan ser expresadas, sin que sus mínimos intereses y necesidades afectados por la agresión sean tomados en cuenta.

¿Por qué las víctimas son tan mal atendidas y resultan nuevamente victimizadas por el sistema de administración de justicia? ¿Por qué la justicia se interesa casi exclusivamente por penar al infractor y “apena” a la víctima? ¿Qué interés y derecho

se les da a las víctimas de una transgresión desde el momento en que ésta se produce?

Escena 4: Visita a la cárcel de adultos de Lurigancho

En el marco de mi trabajo con jóvenes en conflicto con la ley y la problemática de las pandillas juveniles, visité cierta vez un pabellón de la cárcel de Lurigancho en la ciudad de Lima donde la mayoría de los internos eran jóvenes entre 18 y 24 años de edad. Con el apoyo de algunos de sus representantes y funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) me animé a reunirlos en el patio.

Eran unas 600 personas. Luego de saludarlos y presentarme, les pregunté en voz alta cuántos de ellos habían pasado por lo menos una vez por un centro de internamiento de adolescentes antes de ingresar a la cárcel de Lurigancho. No me sorprendí al ver un mar de brazos levantándose frente a mis ojos: jóvenes mostrando con orgullo tatuajes y cicatrices como condecoraciones de un tumultuoso recorrido delincencial. Evidentemente, no se trataba de primerizos sino de una multitud de jóvenes vacunados por la violencia y la reincidencia.

Me acerqué a algunos de ellos, reclusos anteriormente en “Maranguita”, y les pregunté, por qué esa experiencia no les había “rehabilitado o resocializado” y habían seguido el camino de la delincuencia. La respuesta era evidente, *“aquí no hay lugar para rehabilitarte, sino para descomponerte”; “no hay lugar para educarte, sino para empeorar”; “no hay lugar para reflexionar, sino para sobrevivir”; “no hay lugar para escucharte, sino para enfrentarte”; “no te abren oportunidades, sólo te excluyen”, etc.*

Las cárceles, tal como están concebidas, antes que rehabilitar a sus internos, los “profesionalizan” en el delito. De todos los internos, ¿cuántos hubieran podido recibir una medida diferente a la privación de libertad sin que esto se llame impunidad? ¿No se evitaría así, abastecer al hampa de nuevos reclutas gracias a las cárceles? ¿Qué piensan las víctimas sobre la salida del interno al cumplirse su condena y “reintegrarse” a su comunidad?

Las Penas

Hay que notar que la palabra *pena*⁴ proviene del término en latín *poena*, el cual posee una connotación de dolor y sufrimiento causado por un castigo. La creencia en que los castigos cambian comportamientos es la base para las políticas de disciplina alrededor del mundo. Y esta creencia no se ha puesto a prueba, ni se

⁴ La pena se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito. (Fuente: <http://es.wikipedia.org/wiki/Pena>)

tienen hechos concretos que la demuestren. El castigo solo tiene un efecto superficial, especialmente cuando las personas de mala conducta están a la vista de los que detentan autoridad.

La teoría de la pena busca producir una serie de efectos en el conjunto de individuos que componen la sociedad, efectos que se suponen positivos para ésta. Por ello, la pena busca dos efectos básicos: 1) inducir una prevención general dirigida al conjunto de individuos que conforman la sociedad; 2) provocar una prevención especial, dirigida al sujeto que ya ha sido penado.

En la mayoría de nuestras sociedades, la pena, especialmente la privación de la libertad, busca un efecto puramente retributivo, en un sentido análogo al desquite o venganza, y no la enmienda e inserción del penado en la comunidad que conformaba.

Por lo demás, ¿en qué medida se toman en consideración en la formulación de las penas aspectos fundamentales como las famosas **R**? Asunción de **R**esponsabilidad del victimario, **R**eparación y **R**esarcimiento de la víctima (sea ésta un individuo o la comunidad) y **R**ehabilitación del transgresor. Mucho menos se hace un mínimo de esfuerzo para restablecer las **R**elaciones humanas quebradas por el delito; al contrario, se rompen aún más los frágiles vínculos comunitarios de las partes en conflicto.

Para ilustrar lo anterior, recurriré a un ejemplo algo extremo, pero con un fondo idéntico a la realidad actual de cualquier sociedad. Viví ocho meses en Sudán, país del continente africano donde la ley musulmana, la *sharía*⁵, constituye un código de conducta que incluye normas relativas a los modos de culto, los criterios de la moral y la vida, las cosas permitidas o prohibidas, las reglas que separan el bien y el mal. Por ello, algunos preceptos legales contenidos en la *sharía* contienen, entre otros, el apedreamiento de los adúlteros (aunque el Corán dice que el castigo debe ser el azotamiento) y el cortar las manos a los ladrones.

Tomando este último y crudo ejemplo: la pena de amputación de mano impuesta a un ladrón, ¿podrá convertirlo automáticamente en un hombre de bien o simplemente, en un ladrón manco? Lo más probable es que la amputación logre marcarlo, estigmatizarlo brutalmente y excluirlo radicalmente de su propia comunidad, además de infligirle dolor. Algunas personas extremadamente partidarias del desagravio penal, y cínicas a la vez, no dejarán de comentar que, al

⁵ La palabra *sharía* significa literalmente “el camino al manantial”. Denota un modo islámico de vivir que es más que un sistema de justicia criminal. La *sharía* es un código religioso para vivir, pero más al estilo de un código de derecho, codificador de la conducta, por lo cual gobierna muchos aspectos de la vida cotidiana —incluyendo la política, la economía, las finanzas, los negocios, los contratos, los asuntos sociales, etc. La mayoría de países musulmanes la ha adoptado, en mayor o menor grado, como una cuestión de conciencia personal. Asimismo puede ser formalmente instituida como ley por ciertos Estados y así también los tribunales pueden velar por su cumplimiento.

menos con solo una mano, el ladrón ya no podrá robar tanto, tal como me lo dijo una vez alguien en Lima.

Si el objetivo teórico de la justicia es contribuir a la paz social, debemos lamentablemente reconocer que la mayoría de las sociedades ha optado para que sea sinónimo de venganza y sufrimiento duradero. En Estados Unidos se da a la víctima o a sus familiares, la supuesta satisfacción de presenciar la ejecución del reo: ¿qué es esto, sino reconocer la pena como una revancha retributiva? Un análisis intuitivo nos permite concluir que, de la suma de un mal y otro mal, no puede resultar un bien sino un mal mayor. El modelo ideal consistiría en que toda persona que provoca un mal (un dolor, un sufrimiento) debería compensarlo haciendo un bien doble o triple a la sociedad, y así cancelar su deuda. Los delitos serios o muy serios son definitivamente muy complicados y difíciles de reparar, pero en algunos casos es posible.

Podemos asumir que la institucionalización de un adolescente en un centro cerrado puede ser considerada por un/a juez/a como una medida protectora y paternalista, antes que sancionadora o retributiva. Esto sucede frecuentemente cuando un/a juez/a juzga a menores en conflicto con la ley, que malviven librados a su suerte en las calles o que son miembros de una familia extremadamente disfuncional y negativa para su desarrollo. En tal caso, numerosos jueces consideran favorable el internamiento del/la adolescente, ya que tendrá acceso a servicios básicos como alimentación, cama, escuela obligatoria y un equipo de personas que lo custodia (guardias y profesionales). En general, estos jueces no conocen realmente el sistema carcelario por dentro.

Existe una necesidad urgente de reformular a fondo nuestro concepto sobre las penas y definir qué queremos conseguir con ellas. Si lo único que perseguimos es agraviar al infractor de la ley con otra fuerte dosis de mal, probablemente no haya mayores cambios que hacer. No obstante, quienes están en esta posición deberían reflexionar sobre el hecho de que, con estas penas aplicadas de la forma que todos sabemos, nuestras cárceles se han convertido en altas escuelas de delito. Este es un camino que reproduce indefinidamente la dialéctica de la delincuencia y la represión penal, que mutuamente se alimentan.

Si por el contrario, concebimos que las penas debieran contener la posibilidad de rehabilitación del infractor de la ley, deberíamos reformularlas radicalmente en concepto, contenido y modalidades de aplicación. Reducir al mínimo su contenido de dolor infligido y acrecentar al máximo un nuevo contenido educativo, reparador y reconciliador, sería la orientación básica.

Las cárceles

En cualquier contexto, la privación de la libertad es ciertamente la pena más difícil y dolorosa que puede recibir un infractor de la ley, sobre todo cuando cae en un centro de internamiento sobre poblado y violento, de pésima reputación, como el penal de Lurigancho. Cada país tiene su cárcel de “prestigio”.

En muchos países, la mera privación de la libertad no sólo ha demostrado ser ineficaz en la lucha contra el crecimiento de la delincuencia, sino por lo contrario, tomando en cuenta los índices de reincidencia, hasta parece ser que la estimula. La pena de privación de la libertad no termina al salir de prisión, pues el estigma y reproche social de *haber estado en la cárcel* persigue al ex privado de libertad a lo largo de su vida, como una huella que le impedirá regresar al ámbito social, laboral e incluso familiar.

En las condiciones de la mayoría de las cárceles, la privación de libertad puede cumplir, a duras penas, solo una de sus funciones: mantener fuera de la circulación a los delincuentes durante un tiempo determinado. A veces ni siquiera eso, como lo demuestran las bandas delincuenciales que operan desde el interior de los penales gracias a complicidades que innegablemente alcanzan a la propia administración de los penales y que la fuerza policial custodia. A cambio, la carga económica que significan no responde a las verdaderas necesidades de las víctimas (individuos y sociedad).

Desde hace unos años, los criminólogos usan el concepto de tratamiento⁶ en vez de readaptación o rehabilitación. En base a esto, afirman que la cárcel puede ser un lugar de reflexión y recuperación de la persona, hasta de perdón, reparación y restablecimiento de las relaciones rotas. Sin embargo, algunos reconocen que esto solo es factible bajo ciertas condiciones: un número manejable de internos debidamente distribuidos según criterios precisos (separación entre primarios y reincidentes, según el tipo de delito, la edad, el consumo o no de drogas, etc.), bajo el acompañamiento de un equipo de profesionales motivado y competente.

Otros, por el contrario, estiman que la clasificación de los/as presos/as en un centro de reclusión debería basarse en un estudio individualizado longitudinal, realizado por un equipo interdisciplinario. Se trataría de hacer un diagnóstico integral del interno no solo al momento de ser encarcelado sino regularmente, desde la detención hasta el último día en que sale en libertad.

La criminóloga mexicana Hilda Marchiori afirma que “el tratamiento tiene por objeto que el delincuente modifique sus conductas agresivas y antisociales, haga consciente sus procesos patológicos hacia los demás y hacia sí mismo, que él ha

⁶ El tratamiento implica una modificación de los valores internos del sujeto y, consecuentemente un cambio en su conducta interior.

utilizado en la conducta delictiva”.⁷Por otro lado, según el juez mexicano Javier García Ramírez en su libro *La prisión los agrupa*, el término “tratamiento” debe comprender todos los recursos existentes que puedan ser correctivos para el recluso. Siendo objetivos y críticos, debemos reconocer que esto casi nunca se produce, lo que significa que el tratamiento es probablemente inaccesible en la mayoría de los casos.

Lo que sorprende es que, a pesar de que la mayoría de los/as ciudadanos/as, incluyendo autoridades políticas, periodistas, ciudadanos en general y víctimas en particular, son muy conscientes de que las cárceles no son un lugar para desarrollar un tratamiento de resocialización y que más bien parecen hacinas escuelas del crimen; siguen abogando por el encarcelamiento incluso para los casos leves, ejerciendo fuertes presiones sobre los magistrados.

Numerosas investigaciones han estudiado y descrito minuciosamente la subcultura penitenciaria, la psicosis carcelaria⁸ y las dañinas conductas sexuales que se desarrollan en las instituciones cerradas, que influyen destructivamente en la conducta del recluso. En ese contexto, la ejecución penal parece ser una tarea muy compleja, por no decir improbable. ¿Qué cárcel, en Latinoamérica, prepara la salida del ofensor para su reingreso inclusivo, seguro y saludable en la sociedad?⁹Obviamente, ninguna.

John Braithwaite¹⁰, distinguido criminólogo australiano, insiste en la importancia de saber “separar el acto de quien lo comete”. En otras palabras, reclama que se deben rechazar todas las conductas y comportamientos contrarios a la ley, pero no rechazar a la persona. Las sociedades (las escuelas, en particular) han llegado a la conclusión de que si aquéllos que se comportan mal o cometen delitos son forzados a sufrir castigos, será menos probable que repitan su mala conducta. Si esto fuera cierto, entonces el trabajo del responsable de la disciplina escolar o del juez en la corte penal sería muy fácil. Con cada infracción, se impondría al autor una cierta cantidad de incomodidad. Si ese castigo no lograra cambiar el comportamiento del infractor, entonces el responsable de disciplina o el juez simplemente aumentarían el nivel de sufrimiento hasta que cese la conducta inadecuada¹¹.

Las prácticas educacionales de disciplina y las de justicia penal se basan en el castigo para cambiar el comportamiento. No obstante, el aumento continuo del número de privados de libertad y de estudiantes expulsados hace cuestionable la validez de este abordaje.

⁷ Marchiori, H. *El estudio del delincuente*, México, Porrúa, 1982, p.132

⁸ Trastornos mentales que aparecen a causa del encarcelamiento en prisioneros psíquicamente normales; se trata de accesos de confusión o de estados depresivos.

⁹ Artículo 66, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos:

http://www.sdh.gba.gov.ar/comunicacion/normativainternacional/admjusticia/reglas_minimas_para_tratamiento_de_reclusos.pdf

¹⁰ Braithwaite, J. (1989). *Crime, shame and reintegration*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

¹¹ Wachtel, T. & Costello, B. (2009). *Introduction to Restorative Practices*. IIRP: www.iirp.edu

Tenemos que recordar que la razón por la que existen las leyes, normas y principios es para proteger a las personas de cualquier daño y asegurar un ambiente de desarrollo humano y social funcional, saludable y seguro. En lugar de una perspectiva burocrática que simplemente reparte castigos por violaciones del código de conducta, nuestro enfoque debería centrarse en las necesidades reales de los seres humanos. Debemos de reparar el daño a las relaciones interpersonales y restaurar el sentimiento de seguridad y paz en la comunidad.

Braithwaite planteó una interrogante sorprendente para la criminología tradicional, en lugar de preguntar ¿por qué la gente comete un crimen?, se preguntó ¿por qué la mayoría de gente hace lo correcto la mayor parte del tiempo? Podríamos hacer la misma pregunta a nuestros hijos o a los estudiantes ¿por qué la mayoría de ellos se porta bien en la calle, en la casa o en la escuela la mayor parte del tiempo? Simplemente porque tienen valores, quieren pertenecer y sentirse incluidos en sus familias y sus comunidades y desean que las personas los consideren buenas personas.

Braithwaite señaló que los procesos restaurativos refuerzan la conducta apropiada al depender de esa dinámica crítica – nuestro deseo de mantener o restaurar un buen sentimiento con las personas con las que tenemos una conexión. Un sermón del juez resulta inefectivo porque el/la ofensor/a no tiene una conexión existente con esa persona, pero las lágrimas de sus padres, cónyuge o hijos son influencias más poderosas porque el/la infractor/a tiene una relación concreta y antigua con estas personas.

En concreto, las cárceles y centros de privación de la libertad deberían emplearse sólo como medida de último recurso ante los casos más graves. El desafío del presente es explorar el mundo de las medidas alternativas a la privación de libertad. Sueño con que llegará el momento, en un futuro que todavía parece lejano, en que las cárceles serán desechadas como aplicación estándar frente al delito común y corriente, para ser crecientemente sustituidas por el tratamiento comunitario.

Las prácticas restaurativas como alternativa

Los/las ciudadanos/as no pueden coexistir pacíficamente sin que la sociedad en la cual viven determine principios y valores, fije normas y límites, establezca leyes y tome medidas para quienes no las respetan. Las relaciones humanas no son sólo benéficas y propicias para garantizar un desarrollo armónico personal, familiar y social, sino que pueden ser también dolorosas, belicosas, competitivas y nefastas. Con mayor o menor grado, la violencia siempre ha estado presente en todos los tiempos y en todas las sociedades.

Aunque quisiera que no existieran, no promuevo el cierre de las cárceles, sino que de acuerdo a lo que aconsejan las Naciones Unidas, la sanción de privación de la libertad por transgredir la ley penal debería ser considerada siempre como último recurso y por el menor tiempo posible. Se debería internar en ellas, a todas las personas que no aplican para una medida alternativa al encierro, es decir, estrictamente para los casos muy graves. Insisto, más bien, en que los/as operadores/as de justicia y los equipos interdisciplinarios hagan un tamizaje adecuado para evitar el internamiento de personas que podrían ser tratadas en un medio abierto y bajo un acompañamiento profesional efectivo.

¡Empecemos por los/as jóvenes! Los/as adolescentes que infringen la ley necesitan que hagamos algo por ellos/as, ahora mismo, para evitar que sigan el camino de la delincuencia adulta. Reformulemos decididamente el contenido de las medidas, privilegiando su contenido educativo y reservando la privación de libertad para los casos realmente graves.

¡Actuemos preventivamente! ¿Cómo así? Creando redes, fortaleciendo los lazos de la vida comunitaria, introduciendo entre las líderes comunales nuevas habilidades para enfrentar situaciones de tensión y conflicto que incluyen el delito juvenil. Actuemos antes de que los/as niños/as que están en vías de convertirse en adolescentes se vean envueltos en la lógica de una violencia sin retorno.

Entre los/as adultos/as, empecemos por los casos más sencillos. Hagamos lo posible por no entregarle más gente a esa moledora de vidas y generadora de violencia que es la cárcel.

Las prácticas restaurativas son un tema de estudio emergente que permite a las personas renovar y construir lazos de comunidad en un mundo cada vez más desconectado y problemático. El campo emergente de prácticas restaurativas permite unir teoría, investigación y praxis, en campos aparentemente muy distintos como la educación, la consejería, la justicia penal, el trabajo social, la administración organizacional y otros.

El concepto de *prácticas restaurativas* tiene sus raíces en la justicia restaurativa, una nueva forma de ver la justicia penal que se enfoca en la responsabilidad y la reparación del daño ocasionado a las personas y las relaciones humanas y sociales, en lugar de centrarse exclusivamente en la culpabilidad y el castigo. Actualmente, individuos y organizaciones en muchos países desarrollan metodologías y modelos innovadores, y realizan investigación empírica, como alternativa a las clamorosas insuficiencias de la justicia penal. Este es un movimiento en que confluyen iniciativas creativas de la sociedad civil con sectores progresivos de las autoridades.

Ya existen ejemplos efectivos de estos avances. En trabajo social, por ejemplo, las reuniones familiares en grupo o los procesos de decisión empoderan a las familias para reunirse en privado, sin profesionales, para elaborar un plan de protección a

los/as niños/as en contextos de violencia y negligencia (American Human Association, 2003)¹².

En el sistema de justicia penal, los círculos restaurativos y las reuniones restaurativas permiten que víctimas, victimarios y miembros de sus familias y amigos se reúnan para explorar cómo todos han sido afectados por el delito y, cuando es posible, decidir cómo reparar el daño y satisfacer sus propias necesidades¹³. En la educación, los círculos y grupos proveen oportunidades para que los estudiantes compartan sus sentimientos, construyan relaciones, resuelvan problemas y, cuando hay un conflicto, jueguen un rol encarando el mal para hacer que las cosas salgan bien¹⁴.

La ventana de la disciplina social (Figura1) es un útil marco conceptual de amplia aplicación en muchos contextos. Describe cuatro abordajes básicos para mantener las normas sociales y los límites de conducta. Las cuatro se representan como diferentes combinaciones de alto o bajo control, y alto o bajo apoyo. El abordaje restaurativo combina estos niveles de control y apoyo y se caracteriza por hacer las cosas *con* la gente, en lugar de hacer las cosas *para* la gente o *contra* la gente.

Las diferentes instancias de autoridad en la sociedad enfrentan opciones al decidir cómo mantener la disciplina social: los padres y madres criando a sus hijos, los/as maestro/as en las aulas, los/as empleadores/as supervisando empleados/as o profesionales de la justicia actuando frente a los delitos. Hasta hace poco, las sociedades occidentales se basaban en el castigo, generalmente percibido como la única manera eficaz de corregir a aquellas personas con mala conducta o que cometen crímenes.

Varias opciones se ilustran mediante la Ventana de la Disciplina Social, que se crea por la combinación de dos secuencias: *control* dirigiendo la influencia y/o ejerciendo retención, y *apoyo*, nutrir, alentar, motivar o ayudar a los sujetos. Para simplificar, las combinaciones de cada una de las dos secuencias se limitan a "alta" y "baja". El ajuste de varios y enérgicos límites y el cumplimiento diligente de las normas de comportamiento, caracterizan un alto control social. Normas conductuales imprecisas, débiles y regulación laxa o inexistente de comportamiento caracterizan un bajo control social. Asistencia activa y preocupación por el bienestar caracterizan un alto apoyo social. La falta de estímulo y una mínima provisión de necesidades físicas y emocionales caracterizan un bajo apoyo social.

¹² American Humane Association (2003). *FGDM Research and Evaluation. Protecting Children*, 18(1-2).

¹³ McCold, P. (2003). *A survey of assessment research on mediation and conferencing*. In L. Walgrave (Ed.), *Repositioning Restorative Justice* (pp. 67-120). Devon, UK: Willan Publishing.

¹⁴ Riestenberg, N. (2002, August). *Restorative measures in schools: Evaluation results*. Paper presented at the Third International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices, Minneapolis, MN, USA.

Mediante la combinación de un nivel de control alto o bajo, con un nivel de soporte alto o bajo, la Ventana de la Disciplina Social define cuatro enfoques para la regulación de la conducta: PUNITIVO, PERMISIVO, NEGLIGENTE Y RESTAURATIVO. El enfoque punitivo, con alto control y bajo apoyo, también se le llama "retributivo." Se tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa.

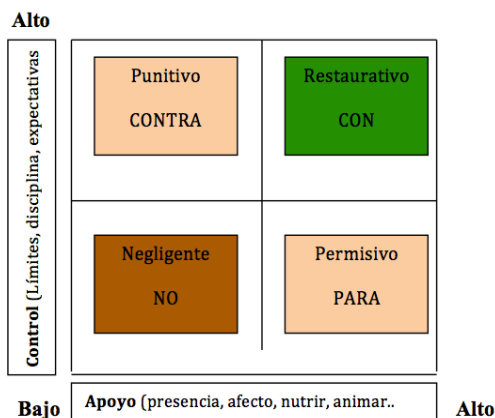


Figura 1. Ventana de la Disciplina Social
Adaptado por Paul McCold y Ted Wachtel de Glaser 1969

El enfoque permisivo, con bajo control y alto apoyo, se le llama también "rehabilitativo" y tiende a proteger a las personas mientras experimentan las consecuencias de sus malas acciones. Bajo control y bajo apoyo corresponden simplemente a la negligencia, o sea un enfoque caracterizado por la indiferencia y la pasividad.

El enfoque restaurativo, con alto control y alto apoyo, confronta y desaprueba las malas conductas mientras reconoce el valor humano intrínseco del ofensor. La esencia de la justicia restaurativa es la disposición a resolver problemas. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para aquellos que han sido afectados por un incidente, reunirse para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectados y desarrollar un plan para reparar el daño causado o impedir que se repita. El enfoque restaurativo es reintegrador, permite al ofensor reparar el daño que ha causado y arrojar la etiqueta de "delincuente". Cuatro palabras sirven como referencia para distinguir los cuatro enfoques: *no*, *para*, *contra* y *con*.

En el enfoque "negligente", *no* se hará nada en respuesta a la conducta delictiva. En el enfoque "permisivo", se hará todo *para* el ofensor, pidiendo poco a cambio y a menudo tratando de justificar el delito. En el enfoque "punitivo", se responderá *contra* el ofensor, amonestándolo y castigándolo, pero permitiendo poca

participación reflexiva o activa de su parte. En el enfoque "restaurativo", se comprometerá al ofensor *con* el resto de la comunidad/sociedad, fomentando la participación activa y reflexiva del infractor e invitando a las demás personas afectadas por el delito a participar en el proceso de reparación y la rendición de cuentas. El compromiso de responsabilidad y participación voluntaria son dos aspectos fundamentales de la justicia restaurativa.

La ventana de la disciplina social también define a las prácticas restaurativas como un modelo de liderazgo para padres en las familias, profesores en las aulas, administradores y gerentes en las organizaciones, policías y trabajadores sociales en las comunidades y jueces y funcionarios en el gobierno. Las prácticas restaurativas proporcionan un medio de manejar las relaciones y generar conexión y responsabilidad social, a la vez que proporcionan un foro para reparar el daño cuando se rompen las relaciones.

La hipótesis unificadora fundamental de las prácticas restaurativas es que "los seres humanos son más felices, más cooperadores y productivos, y tienen mayores probabilidades de hacer cambios positivos en su conducta cuando quienes están en una posición de autoridad hacen las cosas *con* ellos, en lugar de hacerlas *contra* ellos o hacerlas *para* ellos". Esta hipótesis sostiene que el modo punitivo y autoritario de hacerlo *contra* y el modo permisivo y paternalista de hacerlo *para* no son tan efectivos; en cambio, el modo restaurativo plantea involucrarse *con* participación de los sujetos en cuestión¹⁵.

El objetivo de las prácticas restaurativas es construir un sentido de comunidad y manejar el conflicto y las tensiones reparando el daño y forjando relaciones. Este enunciado identifica a dos tipos de enfoques, uno proactivo (forjar relaciones y crear comunidad) y otro reactivo (reparar el daño y restaurar las relaciones). Las organizaciones y los servicios que solamente usan el enfoque reactivo sin construir un capital social de antemano son menos exitosos que aquellos que también emplean el enfoque proactivo¹⁶.

Las prácticas restaurativas no se limitan solo a procesos formales, como las reuniones restaurativas o las reuniones de grupo familiar, más bien se encuentran en un rango que va de informal a formal. En el espectro de las prácticas restaurativas (Figura 2), entre las prácticas informales tenemos a las *declaraciones afectivas* que comunican los sentimientos de las personas, así como a las *preguntas*

¹⁵ Wachtel, T. (2005, November). The next step: developing restorative communities. Paper presented at the Seventh International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices, Manchester, UK.

¹⁶ Davey, L. (2007, November). *Restorative practices: A vision of hope*. Paper presented at "Improving Citizenship & Restoring Community," the 10th International Institute for Restorative Practices World Conference, Budapest, Hungary.

afectivas que hacen que la gente reflexione sobre cómo su conducta ha afectado a otros¹⁷.

Un/a profesor/a en una sala de clases podría usar una declaración afectiva cuando un/a alumno/a se ha comportado mal, dejándole saber cómo él o ella se ha visto afectado por su conducta: “Cuando interrumpes la clase, me siento triste” o “me has faltado el respeto” o “decepcionado”. Al escuchar esto, el adolescente se da cuenta de cómo su conducta está afectando a los demás¹⁸. Ese/a profesor/a puede hacer una pregunta afectiva, quizás adaptando una de las preguntas restaurativas. “¿Quién crees que se ha visto afectado por lo que hiciste?” y luego seguir con “¿Cómo crees que han sido afectados?” Al responder a dichas preguntas, en lugar de simplemente ser castigado, el/la alumno/a tiene una oportunidad de pensar en su conducta, de hacer enmiendas y cambiar la conducta en el futuro¹⁹. El hacer varias preguntas afectivas tanto de quién tuvo la conducta indebida como de aquellos dañados por la misma crea una pequeña reunión espontánea. Si las circunstancias requieren un poco más de estructura, se puede crear rápidamente un círculo.

El uso de las prácticas restaurativas informales reduce drásticamente la necesidad de recurrir a las prácticas restaurativas formales que consumen más tiempo. El uso sistemático de prácticas restaurativas informales tiene un impacto acumulado y crea lo que podría describirse como un medio restaurativo, un ambiente que promueve consistentemente la conciencia, empatía y responsabilidad de una manera que probablemente demuestre ser mucho más efectiva para lograr la disciplina social, que lo que hacemos actualmente que es basarnos en el castigo y las sanciones²⁰.

Avanzando de izquierda a derecha en el espectro, conforme las prácticas restaurativas se hacen más formales, involucran a más personas, requieren más planificación y tiempo, y son más estructuradas y completas. Aunque un proceso restaurativo formal podría tener un tremendo impacto, las prácticas informales tienen un impacto acumulativo y pedagógico más efectivo, pues son parte de la vida diaria²¹.

¹⁷ McCold, P., & Wachtel, T. (2001). Restorative justice in everyday life. In J. Braithwaite & H. Strang (Eds.), *Restorative Justice and Civil Society* (pp. 114-129). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

¹⁸ Harrison, L. (2007). From authoritarian to restorative schools. *Reclaiming Children and Youth* 16(2), 17-20.

¹⁹ Morrison, B. (2003). Regulating safe school communities: Being responsive and restorative. *Journal of Educational Administration*, 41(6): 689-704.

²⁰ Wachtel, T. (2014). *Dreaming of a New Reality*. Bethlehem, PA: International Institute for Restorative Practices.

²¹ McCold, P., & Wachtel, T. (2001). Restorative justice in everyday life. In J. Braithwaite & H. Strang (Eds.), *Restorative Justice and Civil Society* (pp. 114-129). Cambridge, UK: Cambridge University Press.

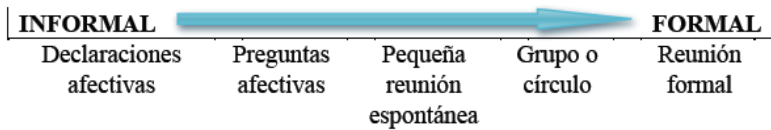


Figura 2. Espectro de las Prácticas Restaurativas

Una reunión restaurativa formal es un encuentro estructurado entre agresores, víctimas y la familia y amigos de ambas partes (llamado a veces comunidad afectiva), en la que todos ellos lidian con las consecuencias del delito o la conducta indebida, y deciden la mejor manera de reparar el daño. La reunión restaurativa no es una actividad de orientación, ni un proceso de mediación, es un método de resolución de problemas sensible a las necesidades de la víctima, directo pues demuestra cómo los/as ciudadanos/as pueden resolver sus propias dificultades cuando se les proporciona un foro reconstructivo para hacerlo²².

Las reuniones proporcionan a las víctimas y al entorno generado, una oportunidad de confrontar al agresor, expresar sus sentimientos, hacer preguntas y poder dar su opinión en cuanto a cuál debe ser el resultado. Los agresores escuchan de primera mano cómo es que su conducta ha afectado a otras personas. Los/as agresores/as pueden elegir participar en una reunión y comenzar a reparar el daño que han causado disculpándose, corrigiendo las cosas y acordando una restitución financiera, personal o un trabajo de servicio comunitario. Las reuniones hacen a los/as agresores/as asumir su responsabilidad a la vez que les proporcionan una oportunidad de deshacerse de la etiqueta de “agresor/a” y ser reintegrados a su comunidad, escuela o centro de trabajo²³.

La participación en las reuniones es voluntaria. Una vez que se determina que es apropiado llevar a cabo una reunión y que los/as agresores/as y las víctimas han acordado asistir, el/la facilitador/a de la reunión invita a otros/as afectados/as por el incidente—la familia y los/as amigos/as de las víctimas y agresores/as. Se puede usar una reunión restaurativa en lugar de los procesos disciplinarios o de justicia tradicionales, o en los casos en los que esto no es apropiado, como un complemento a dichos procesos²⁴.

²² O’Connell, T., Wachtel, B., & Wachtel, T. (1999). *Conferencing Handbook*. Pipersville, PA: The Piper’s Press. Office for Victims of Crime (1998). Recovered from U.S. Government website. National Criminal Justice Reference Service (NCJRS). Retrieved from https://www.ncjrs.gov/ovc_archives/reports/96517-gdlines_victims-sens/guide4.html

²³ Morris, A., & Maxwell, G. (2001). Restorative conferencing. In Bazemore, G. and Schiff, M. (Ed.), *Restorative Community justice: Repairing Harm and Transforming Communities* (pp. 173-197). Cincinnati, OH: Anderson Publishing Co.

²⁴ O’Connell, Wachtel, & Wachtel, Op. Cit.

La reunión restaurativa es facilitada por una persona que sigue un guión que otorga a cada participante la oportunidad de hablar, comenzando por hacer preguntas abiertas y preguntas restaurativas afectivas al/la agresor/a. La persona facilitadora dirige a la víctima y a los miembros de su familia y amigos/as, preguntas que les proporcionan la oportunidad de hablar sobre el incidente desde su perspectiva y cómo éste los afectó. Se pide a la familia y a los/as amigos/as del agresor/as hacer lo mismo²⁵.

Usando el guion de reuniones, se hace las siguientes preguntas restaurativas a los/as agresores/as:

- “¿Qué pasó?”
- “¿Qué estabas pensando en ese momento?”
- “¿En qué has pensado desde el incidente?”
- “¿Quién crees que se ha visto afectado por tus acciones?”
- “¿Cómo se han visto afectados?”

A las víctimas se les hacen las siguientes preguntas restaurativas:

- “¿Cuál fue tu reacción al momento del incidente?”
- “¿Cómo te sientes con respecto a lo que pasó?”
- “¿Qué ha sido lo más difícil para ti?”
- “¿Cómo reaccionaron tu familia y amigos cuando se enteraron del incidente?”

Finalmente, se le pregunta a la víctima cuál le gustaría que fuera el resultado de la reunión. La respuesta se conversa con el/la agresor/a y todos los demás en la reunión. Cuando se llega a un acuerdo, se redacta un contrato simple y se firma.

Las reuniones restaurativas son un enfoque para abordar las conductas indebidas en diversos entornos, de una variedad de formas):

- En las escuelas las reuniones pueden servir de respuesta al ausentismo escolar, incidentes disciplinarios, incluyendo la violencia, o como una estrategia de prevención en la forma de juegos de roles de reuniones con alumnos de escuelas primarias y secundarias.
- La policía puede usar las reuniones como una advertencia o para evitar tener que ir a la corte, especialmente en el caso de los/as agresores/as que cometen una ofensa por primera vez.

²⁵ O'Connell, Wachtel, & Wachtel, Op. Cit

- Las cortes pueden usar las reuniones como una forma de remisión, un proceso alternativo para dar una sentencia, o un evento de sanación para las víctimas y agresores una vez que se concluye el proceso en la corte.
- Se puede responder a diversas violaciones de la libertad condicional instaurando reuniones.
- Las instituciones correccionales y de tratamiento encontrarán que las reuniones resuelven los problemas y las tensiones subyacentes en los conflictos y las acciones disciplinarias.
- Los centros de educación superior técnica y las universidades pueden usar las reuniones para los incidentes que ocurren en las residencias y el campus y las violaciones disciplinarias.
- En los centros de trabajo, las reuniones abordan tanto las conductas indebidas como el conflicto.

Investigaciones muestran que este proceso restaurativo proporciona consistentemente niveles muy altos de satisfacción y un sentido de justicia a todos los/as participantes.

Un *círculo restaurativo* es una práctica versátil que puede usarse de manera proactiva, para desarrollar relaciones y generar comunidad o de manera reactiva, para responder a las conductas indebidas, a los conflictos y problemas. Los círculos generan la oportunidad de hablar y escuchar unos a otros en una atmósfera de seguridad, decoro e igualdad. El proceso de los círculos permite a las personas contar todas sus historias y ofrecer sus propias perspectivas²⁶.

El círculo tiene una amplia variedad de propósitos: resolución de conflictos, sanación, apoyo, toma de decisiones, intercambio de información y desarrollo de relaciones. Los círculos ofrecen una alternativa a las reuniones que a menudo se basan en un posicionamiento jerárquico, en el que hay un ganador y un perdedor y una disputa²⁷.

Los círculos pueden usarse en cualquier entorno organizacional, institucional o comunitario.

La hora del círculo y las reuniones matutinas se han usado ampliamente en escuelas primarias y de enseñanza elemental durante muchos años y más recientemente en

²⁶ Pranis, K. (2005). *The Little Book of Circle Processes*. Intercourse, PA: Good Books.

²⁷ Roca, Inc. (n.d.). Peacemaking circles: A process for solving problems and building community. Retrieved from <http://www.rocainc.org/pdf/pubs/PeacemakingCircles.pdf>

escuelas secundarias y en la educación superior²⁸. En la industria, se han empleado los círculos de calidad durante décadas para lograr que los/as trabajadores se sientan comprometidos a alcanzar altos estándares de fabricación²⁹. En 1992, el Juez Barry Stewart del Tribunal de Circuito de Yukon fue el pionero en el uso del círculo para dictar una sentencia, involucrando a los miembros de la comunidad para ayudar a decidir cómo lidiar con un agresor³⁰. En 1994, el pastor menonita Harry Nigh hizo amistad con un agresor sexual con retraso mental reincidente formando un grupo de apoyo con algunos de sus parroquianos, llamado un círculo de apoyo y rendición de cuentas, que fue efectivo para evitar su reincidencia³¹.

Los círculos pueden usar un formato secuencial. Una persona habla por vez, y la oportunidad de hablar avanza en una dirección alrededor del círculo. Cada persona debe esperar hasta que llegue su turno para hablar, y nadie puede interrumpir. De manera opcional, se puede usar un objeto de conversación—un pequeño objeto que pueda ser sostenido fácilmente y pasado de persona a persona—para facilitar este proceso. Solamente la persona que está sosteniendo el objeto de conversación tiene el derecho a hablar. Tanto el círculo como el objeto de conversación tienen raíces en prácticas antiguas e indígenas.

El círculo secuencial típicamente se estructura alrededor de temas o preguntas que hace el facilitador del círculo. Como éste prohíbe estrictamente las discusiones de ida y vuelta entre dos partes, proporciona el decoro suficiente. El formato maximiza la oportunidad que se le da a las voces más calladas, aquellos que usualmente se sienten inhibidos por las personas que hablan más alto y son más asertivas, de hablar sin interrupción. Las personas que quieren responder a algo que se ha dicho deben ser pacientes y esperar hasta que sea su turno de hablar. El círculo secuencial alienta a las personas a escuchar más y hablar menos³².

Las *reuniones del grupo familiar* congregan a redes de apoyo familiar—padres, madres hijos/as, tíos/as, abuelos/as, vecinos/as y amigos/a cercanos/as de la familia—para tomar decisiones importantes que de lo contrario serían tomadas por

²⁸ Mirsky, L. (2007). Safer Saner Schools: Transforming school culture with restorative practices. *Reclaiming Children and Youth*, 16(2), 5-12.

Mirsky, L. (2011, May). Restorative practices: Whole-school change to build safer, saner school communities. *Restorative Practices e Forum*. Retrieved from http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NjKx

Wachtel, J., & Wachtel, T. (2012). *Building Campus Community: Restorative Practices in Residential Life*. Bethlehem, PA: International Institute for Restorative Practices.

²⁹ Nonaka, I. (1993, September). The history of the quality circle. *Quality Progress*, 81-83. ASQ.

³⁰ Lilles, H. (2002, August). *Circle sentencing: Part of the restorative justice continuum*. Paper presented at the Third International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices, Minneapolis, MN, USA.

³¹ Rankin, B. (2007). Circles of support and accountability: What works. *Let's Talk/Entre Nous*. Vol. 31, No. 3. Ottawa, ON, Canada: Correctional Service of Canada. Retrieved from <http://www.csc-scc.gc.ca/text/pblct/lten/2006/31-3/7-eng.shtml>

³² Costello, B., Wachtel, J., & Wachtel, T. (2010). *Restorative Circles in Schools: Building Community and Enhancing Learning*. Bethlehem, PA: International Institute for Restorative Practices.

los/as profesionales. Este proceso de involucramiento y empoderamiento de las familias para que tomen decisiones y hagan planes para el bienestar de sus propios miembros lleva a mejores resultados, menos conflicto con los/as profesionales, más apoyo informal y un mejor funcionamiento de la familia³³.

Los/as jóvenes, como foco de estas reuniones, necesitan el sentido de comunidad, identidad y estabilidad que solamente la familia, en sus diversas formas, puede proporcionarles. Las familias tienen mayor probabilidad que los/as profesionales de encontrar soluciones que involucren activamente a otros miembros de la familia, manteniendo así al/la niño/a dentro del cuidado de la familia, en lugar de transferir el cuidado del menor al gobierno. Además, cuando las familias son empoderadas para enmendar sus propios problemas, el proceso mismo de empoderamiento facilita la sanación³⁴.

Las características y momentos clave del modelo de la reunión del grupo familiar (RGF) son la preparación, información, espacio privado para la familia, el acuerdo del plan, monitoreo y revisión. En una RGF, la familia es la principal decisora. Un/a coordinador/a independiente facilita la reunión y se abstiene de ofrecer ideas preconcebidas sobre el resultado. Después de escuchar la información sobre el caso, se deja sola a la familia para que elabore un plan para el futuro del menor, joven o adulto. Los/as profesionales evalúan el plan con respecto a la seguridad y los asuntos legales, y podrían proporcionar recursos para ayudar a implementar el plan. Los/as profesionales y los miembros de la familia monitorean el avance del plan, y usualmente se realizan reuniones de seguimiento³⁵.

El enfoque restaurativo es único. Las prácticas restaurativas se basan en la convicción de que ya tenemos profesionales compasivos y competentes, residentes adultos y líderes comunitarios que se beneficiarían adoptando un enfoque unificado y consistente que pueda mejorar el desempeño y la conducta entre los/as jóvenes, en casa, en la calle y en la escuela, en el lugar de trabajo, en el sistema de justicia juvenil, y en la sociedad en general.

Dando cuerpo a esta convicción, desarrollamos una alternativa preventiva frente al delito juvenil, fortaleciendo a la comunidad, apoyando su cohesión, empoderándola, incorporándole habilidades para enfrentar situaciones de conflicto. La red comunitaria así constituida, será el mejor amortiguador frente a las dificultades que empujan a los/as jóvenes a seguir una ruta de violencia.

³³ Merkel-Holguin, L., Nixon, P., & Burford, G., (2003). Learning with families: A synopsis of FGDM research and evaluation in child welfare. *Protecting Children: A Professional Publication of American Humane*, 18(1&2), 2-11.

³⁴ Rush, L. (2006, October). *Family group decision making: My steps in the journey*. Paper presented at the Eighth International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices, Bethlehem, PA, USA.

³⁵ Morris, A., & Maxwell, G. (1998). Restorative justice in New Zealand: Family group conferences as a case study. *Western Criminology Review* 1(1).

Relato de una Reunión Restaurativa: Una breve mirada a un caso concreto

A continuación presento un caso que fue resuelto mediante una reunión restaurativa facilitada por una profesional que capacitó y en la que participé como observador:

Hace varios años en un asentamiento humano limeño, un joven de 17 años aprovechó el atardecer para sorpresivamente robar la carpeta de un profesor que regresaba a su casa después de su jornada de trabajo en una escuela pública del vecindario. El profesor corrió tras el joven, gritando fuertemente para llamar la atención de los vecinos “¡ladrón, ladrón... me acaban de robar, deténganlo!”. Al minuto siguiente, el joven fue detenido in flagrancia por dos policías que pasaban por casualidad por allí y escucharon la alerta. En el instante, el profesor recuperó sus pertenencias, ni quiso saber más de este desafortunado incidente y tampoco ir a la comisaría a presentar una denuncia. Proporcionó su nombre y dirección a los policías y se fue, entre asustado y enojado, para su casa.

Una vez en la comisaría, la policía llamó al fiscal y con él, llegó una trabajadora social especializada en justicia restaurativa. El joven reconoció enseguida su culpabilidad, afirmando que robaba para comprarse cosas, sin detallar cuáles. Después de una entrevista entre el joven y la trabajadora social, la profesional sugirió al fiscal que esta situación podría resolverse a través de una reunión restaurativa en lugar de aplicar la justicia criminal tradicional que terminaría probablemente con una privación de la libertad del muchacho. El fiscal dio a la trabajadora social una oportunidad para intentarlo, opción no acertada para los policías que preferían una sanción drástica y ejemplar: la cárcel.

La trabajadora social se enteró que el joven vivía con su abuela materna desde que tenía 10 años. Su madre había fallecido y no tenía ningún contacto con su padre; había dejado la escuela desde los 15 años; no tenía trabajo y casualmente consumía marihuana y pasta básica junto a jóvenes integrantes de una banda del barrio.

Cuando la trabajadora social mencionó al joven y a su abuela que el incidente podría resolverse a través de una reunión restaurativa, se mostraron incrédulos, pero también interesados. Ambos tenían miedo y vergüenza de encontrarse cara a cara con la víctima. Se les explicó de qué se trataba una reunión restaurativa, sus ventajas y beneficios, y se mostraron abiertos. Por supuesto, este encuentro solo sería posible cuando el profesor (la víctima directa) aceptara reunirse con el joven que había querido robarle. Habiendo ubicado donde vivía la víctima, la trabajadora social se acercó a su casa para proponerle la reunión restaurativa y obtener su consentimiento. Lamentablemente, el profesor explicó que no quería saber nada y que no le interesaba encontrarse con el joven, añadió que no le desea ningún mal, pero *“esto ya está en manos de la justicia”*.

De ninguna manera se puede forzar a alguien a participar en una reunión restaurativa. La decisión debe ser voluntaria y hay que respetarla. La trabajadora social solo puede limitarse a proveer toda la información relevante (proceso de la reunión, sus ventajas y beneficios, respuestas a dudas e inquietudes, etc.) que permita a todas las personas involucradas en el incidente (profesor, el joven y la abuela), tomar su mejor decisión.

Cuando la trabajadora social informó al joven y a su abuela que el profesor se había negado a participar en la reunión restaurativa, se sintieron a la vez decepcionados y asustados, pues el incidente podría acabar con una privación de libertad. Testificando la decepción del joven y su abuela por la desaprobación del profesor, la trabajadora social propuso al joven escribir una carta al profesor para contar lo que le hubiera gustado decirle en la reunión. El joven aceptó, y de su propio puño, escribió y entregó una carta a la trabajadora social.

Al principio, el profesor no quiso ni recibir a la trabajadora social, exigiéndole que lo deje en paz. Cuando ella explicó que venía con una carta escrita por el joven, el profesor abrió la puerta, dejó entrar a la trabajadora social y comenzó a leer la carta en silencio. Al finalizar su lectura, preguntó si el joven la había escrita solo. La trabajadora social asintió afirmativamente. Sorprendido el profesor, contestó que no esperaba este tipo de relato y accedió a encontrarse con el joven.

La preparación de una reunión restaurativa es esencial, pues de sus resultados depende el éxito de su propósito. La trabajadora social se reunió previamente con cada una de las partes por separado y les explicó con detalles los objetivos de una reunión restaurativa. ¿Cómo se desarrolla? ¿Quiénes van a participar? ¿Qué tipo de preguntas se harán en su curso? ¿Quién hablará primero? Etc. La reunión restaurativa concierne a las personas involucradas directas e indirectamente en el incidente; procura dar voz a cada una de ellas; ofrece a la víctima una oportunidad de expresar cómo quisiera ser reparada y cómo se sintió afectada por el incidente y quiénes alrededor de ella sufrieron también los daños ocasionados. Por su lado, el ofensor tiene la ocasión de dar cuenta sobre los hechos, dar razón de su proceder y tomar consciencia de las consecuencias de sus actos, asumiendo su responsabilidad y buscando maneras de reparar los daños.

Una vez terminada la fase de preparación, se decidió la fecha y el lugar del encuentro entre el profesor y la trabajadora social. La reunión restaurativa se efectuó un sábado por la mañana en la parroquia del vecindario. Llegaron primeros el joven, su abuela y un vecino amigo de ellos. Después llegó el profesor con su esposa y su hijo, aproximadamente de la misma edad que el joven ofensor. La trabajadora social había acomodado siete sillas en círculo y se encargó de facilitar la reunión. Yo la presencié como observador, fuera del círculo. Al lado derecho de la facilitadora estaban el joven, su abuela y el vecino, y a su lado izquierdo cerrando el círculo, el profesor, su esposa y su hijo.

La facilitadora presentó a todos los presentes, señalando que la participación de ellos era voluntaria y que podían retirarse cuando quisieran si así lo deseaban. Sin embargo, si el joven infractor tomara esa decisión, el incidente será referido al sistema de justicia tradicional. Agregó que no estaban ahí para decidir si el joven responsable del incidente era bueno o malo, sino para aclarar el incidente, saber quiénes había sido afectado y cómo, para así acordar acciones para que las cosas queden bien.

Dirigiéndose primero al joven, la facilitadora le preguntó: *¿Qué pasó?* El joven, con su cabeza agachada respondió con voz sofocada que había robado para conseguir algo de dinero para comprarse un poco de marihuana para consumir, como acostumbraba hacerlo de vez en cuando. A la pregunta siguiente, *¿Qué estabas pensando en aquel momento, cuando robó la carpeta del profesor?* El joven respondió: *“La verdad, en nada. Lo único que quería era robar algo sin tomar mucho riesgo”. ¿Y desde entonces, que has estado pensando?* Le preguntó la facilitadora: *“Me siento mal; me doy cuenta que cometí un grave error, la cual puede tener serias consecuencias. Estoy avergonzado y tengo miedo”*. La facilitadora siguió preguntándole: *¿Quiénes han sido afectados por tu acción, y de qué manera?* El joven mencionó aun con la cabeza inclinada: *“al profesor pues le robé su carpeta sin saber lo que había adentro; también a mi abuelita que se siente muy mal, enojada conmigo y avergonzada por lo que hice cuando ella siempre me ha cuidado lo mejor que ha podido”*. *¿A parte de ellos, alguien más se sintió molesto o afectado?*, insistió la facilitadora. El joven respondió *“A mí mismo también, pues no se qué va a pasar conmigo y me da mucho miedo. Es la primera vez que fui detenido por la policía”*.

El profesor, su esposa y su hijo escuchaban atentamente las respuestas del joven, observando su actitud de arrepentimiento. Entonces, la facilitadora le dijo al profesor *“Sé que este incidente ha sido difícil para usted y su familia, nos podría decir que fue lo sintió cuando este hecho ocurrió”*. Mirando en los ojos del joven, el profesor dijo: *“Cuando me di cuenta del robo tuve mucho susto, pánico y rabia a la vez, pues tenía en mi carpeta 200 soles y documentos personales importantes, que me había costado conseguir. Si el joven se los hubiera llevado, me hubiera sido sin duda muy complicado volver a conseguirlos”*. La facilitadora siguió preguntándole: *“¿Qué impacto ha tenido este incidente para usted y otras personas?* El profesor respondió: *“Desde entonces ya no me siento tranquilo andando en la calle. Miro siempre alrededor de mí, pensando que me van a asaltar nuevamente. No me siento más seguro. Estoy nervioso”*. *¿Y sus seres queridos?*, le preguntó la facilitadora: *“Igualmente tuvieron miedo por mi vida, así como yo, mucha rabia de que estas cosas ocurren más frecuentemente en el barrio. Tenemos miedo que le pase lo mismo a nuestro hijo. Estamos constantemente en alerta todos; no es nada agradable, más bien molesta mucho”*. Cuando la facilitadora le preguntó que ha sido lo más difícil con este incidente, el profesor respondió: *“Lo más difícil para mí es entender que siendo yo un profesor, que enseña en la escuela a los jóvenes, también me puede pasar cosas como esta, me molesta mucho. Es como si no tuviera más confianza en mis alumnos”*. Las mismas preguntas fueron hechas a su esposa, que dio respuestas muy similares

como *“Tengo miedo, no me siento bien cuando mi hijo tiene que salir a la calle, sobre todo después del atardecer...”*

La facilitadora preguntó luego a la abuela *“¿Qué fue lo que sintió al saber lo que había hecho su nieto? La abuela respondió: “Siento mucha vergüenza y quiero disculparme por el terrible comportamiento de mi nieto. Lo siento mucho. No es un mal muchacho, pero estos dos últimos años no sé qué le pasa, pero ya no es como antes. Sale mucho, no estudia, fuma, tiene amigos que están metidos en banda, y no me gusta, me preocupa mucho, no sé qué hacer”. A parte de usted, alguien más ha sido afectado, preguntó la facilitadora. “Mi nieto mismo; mire en la situación que se ha metido él mismo. ¿Qué va a pasar ahora? En el barrio, muchas personas hablan ahora mal de él. Me da vergüenza. No sé qué va a pasar”.*

¿Y que ha sido lo más difícil para usted? preguntó la facilitadora. La abuelita contestó *“Haber dado todo lo que podía para mi nieto ya que sus papás no están, y terminar con esta situación; no me lo merezco, es injusto. No sé qué hacer para que vuelva a estudiar; que deje de fumar y que ya no se junte con otros jóvenes que pasan su tiempo fumando, bebiendo y robando. Esto me duele mucho. No sé qué errores he cometido para que esto me pase”.* Cuando le tocó al vecino, amigo de la abuela, dijo: *“Los conozco bien, somos vecinos desde hace muchos años. Son buenas personas, nos ayudamos entre nosotros. Sin embargo, no sé que le ha pasado al joven, ha cambiado últimamente. Normalmente es un buen muchacho, servicial y cortés, pero últimamente no anda mucho en casa, sé que fuma y toma licores en la esquina con amigos, y lo peor de todo, decidió dejar sus estudios cuando no era un mal alumno. Sin embargo, pienso que aun puede recuperarse”.*

La facilitadora se dirigió nuevamente al profesor, preguntándole *“¿Qué piensa que deberá suceder para que las cosas queden bien?”.* Mirando a la abuela y su nieto, el profesor respondió *“Me da pena que una abuela que hizo y sigue haciendo tantos esfuerzos para criar a un niño, adolescente y hoy joven, para que éste actúe de una forma tan inapropiada y peligrosa. No se trata de un duro delincuente como me lo imaginaba después del robo. Me di cuenta al leer su carta y al escucharle en esta reunión que es consciente del error que ha cometido y que ha dañado, no solamente a mi persona, sino también a su abuela, a él mismo, a su vecino amigo aquí presente y al vecindario mismo. Les agradezco por sus sinceras disculpas, afortunadamente he recuperado mi maletín con todo. Quizá lo que quisiera que salga de esta reunión son verdaderos compromisos y actos concretos que no volverá a robar nunca, que dejará la droga y abusar del alcohol, y siendo yo profesor quisiera que vuelva a la escuela, que estudie para lograr ser una persona positiva y productiva para apoyar a su abuela, y a la sociedad en general. Es esto lo que yo quisiera que ocurra.”* Tanto su esposa como su hijo aportaron en la misma dirección *“No serviría a nadie enviar al joven a la cárcel, pero referirle a un centro de atención especializada para jóvenes adictos y con problemas de violencia no sólo le ayudaría a él, también a su familia y a la sociedad”.*

El joven y su abuela quedaron sorprendidos al escuchar estos comentarios de parte de las personas que fueron afectadas, pues no lo esperaban. Y cuando la facilitadora preguntó al joven que pensaba sobre lo que escuchó, él dijo: *“Yo haré todo lo que sea necesario. Estoy decidido a dejar la mala conducta, la droga, la bebida y regresar a la escuela, hacer actividades deportivas, pero necesito apoyo para que esto suceda. La intención está, me comprometo.”* La abuela agregó, refiriéndose al profesor *“Gracias señor por la oportunidad que le da a mi nieto. Me comprometo a que de ahora en adelante, vuelva a la escuela. Necesito encontrar a alguien que pueda apoyarlo para recuperar el tiempo perdido. También iremos la semana entrante en esta misma parroquia que tiene un servicio social donde nos orientarán sobre el tema de droga.”*. El profesor se comprometió a averiguar en la escuela donde trabaja como ingresar al joven como nuevo estudiante; se comprometió también de darle de forma gratuita un apoyo escolar en matemática si el joven tuviera la necesidad. El vecino también agradeció a todos por su buena voluntad para solucionar pacífica y razonablemente este incidente. Se comprometió a apoyar a la abuela para orientar a su nieto. El joven volvió a comprometerse en corregir su conducta, atendiendo a los servicios sociales y regresando a la escuela. Se disculpó una y otra vez.

La facilitadora leyó los acuerdos a los cuales habían llegado, solicitando la necesidad de precisarlos. ¿Cuándo reiniciaría la escuela? ¿Cuándo irían a los servicios sociales de la parroquia? Etc. Finalmente, cada uno firmó el acta de acuerdos logrados durante el encuentro. Antes de despedirse, todos compartieron un momento informal tomando un refresco y comiendo unas galletas. Ese momento informal, les permitió aprobar y agradecer la buena voluntad de cada uno. Se despidieron sintiendo haber actuado de la mejor manera.

UNIDAD III: LOS PROGRAMAS RESTAURATIVOS

Portugal Bacellar, Roberto, Carolina da Silveira Gomes, Jurema y Copack Muniz, Laryssa Angélica. Implementación de la Justicia Restaurativa en el Poder Judicial: una experiencia del Estado de Paraná.

Implementación de la Justicia Restaurativa en el Poder Judicial: una experiencia del Estado de Paraná

Roberto Portugal Bacellar¹

Jurema Carolina da Silveira Gomes²

Laryssa Angélica Copack Muniz³

SUMARIO

1. Breve histórico de la Justicia Restaurativa. 2. Contextualización de la Justicia Restaurativa. 2.1 Círculos de Construcción de Paz. 3. La Justicia Restaurativa en Paraná. 3.1. Experiencias restaurativas en la Comarca de Ponta Grossa. 4. Conclusión. 5. Referencias

RESUMEN

La difusión de métodos consensuales de solución de conflicto se justifica en razón del alto índice de judicialización y de la constatación práctica de que la gran cantidad de juzgamientos de acciones ocurre por la falta de diálogo. La justicia restaurativa, inserida en esta metodología, por tener como principal pilar la escucha activa, que es consecuencia de la posibilidad de expresión, oportuniza la interlocución entre todos aquellos que directa o indirectamente son atingidos por la relación conflictuosa. Conscientes de los beneficios de la aplicación de las prácticas restaurativas en los más diversos ámbitos del derecho, jueces paranaenses vienen utilizando la justicia restaurativa en los espacios institucionales. Este artículo tiene como escopo presentar la evolución de esta aplicación en el Poder Judicial de Paraná como forma de mitigar la litigiosidad. Resultado de la implementación de las prácticas restaurativas también es la modificación de concepción de justicia por todos aquellos involucrados con su aplicación. Esa mudanza de perspectiva ofrece a los que tocan las puertas del Poder Judicial un tratamiento diferenciado y una respuesta más adecuada para los conflictos. Además de los beneficios de la justicia restaurativa en el ámbito organizacional, la aplicación de los métodos consensuales trae grandes ventajas para las partes efectivamente involucradas en el conflicto, especialmente para la víctima, que a lo largo de toda la historia de la Justicia administrada por el Estado fue olvidada de la respuesta estatal.

¹ Juez superior en el Tribunal de Justicia de Paraná, presidente de la Comisión Paranaense de Prácticas Restaurativas del TJPR y miembro del Grupo de Trabajo para el desarrollo de Justicia Restaurativa en ámbito nacional instituido por el Consejo Nacional de Justicia.

² Juez de derecho coordinadora del Centro Judiciario de Solución de Conflictos y Ciudadanía de la Comarca de Ponta Grossa-PR, miembro de la Comisión de Justicia Restaurativa en ámbito nacional instituido por el Consejo Nacional de Justicia.

³ Juez de derecho coordinadora adjunta del Centro Judiciario de Solución de Conflictos y Ciudadanía de la Comarca de Ponta Grossa-PR, miembro de la Comisión de Justicia Restaurativa del Tribunal de Justicia del Paraná y del Grupo de Trabajo para el desarrollo de la Justicia Restaurativa en el ámbito nacional instituido por el Consejo Nacional de Justicia.

PALABRAS CLAVE

Justicia Restaurativa. Círculos de Construcción de Paz. Empoderamiento. Poder Judicial Paranaense. CEJUSC-PG.

Abstract

Spreading Consensual Alternative Dispute Resolution (ADR) is justified in the increase of judicialization, due to the lack of dialogue. The restorative justice, inserted in this methodology, having active listening as a main basis, wich is a consequence of the possibility of expression, gives the opportunity of dialogue between all those who are involved in conflict relationship. Aware of the restorative justice brings benefits, judges of Paraná State have been using it in institutional spaces. This article intends to show the evolution of this method in Judiciary of Paraná State, in order to decrease the litigation. One of the benefits of restorative justice is also the change of the conception of justice for all those involved with its implementation. This perspective change offers those who seek the judiciary a differential treatment and a more appropriate response for the conflicts. Beyond the advantage of restorative justice in the organizational range, the application of ADR brings great advantages for litigants, especially the victim, who throughout the history of the state justice has been forgotten of an effective response.

Keywords

Restorative Justice. Peacemaking circle. Empowerment. Judiciary of Paraná State. CEJUSC - Ponta Grossa

1. Breve histórico de la Justicia Restaurativa

El concepto y la filosofía de la justicia restaurativa se insieren en los espacios institucionales a partir de las décadas del 70 y 80 en los Estados Unidos de Norte América, Canadá y Nueva Zelandia, que inspirados en las costumbres aborígenes e indígenas delo Maoris y de los Navajos, comenzaron a valerse de los métodos utilizados por esas comunidades para la resolución de conflictos, por medio de procesos dialógicos y con la participación activa de todos los actores atingidos por el problema.

A partir de 1989, Nueva Zelandia hizo de la justicia restaurativa el centro de todo su sistema penal para la Infancia y Juventud.

El modelo tribal de los Maoris de la aplicación de las prácticas restaurativas fue aplicado en la justicia tradicional neozelandesa en razón del descontentamiento de los miembros de la tribu con la exclusión de sus adolescentes y niños del convivio comunitario para la inclusión en el sistema represivo tradicional.

Esa insatisfacción culminó con la aprobación del Estatuto de los Niños, Jóvenes y sus Familias en 1989, por medio del cual:

Se extendió a las familias la primacía de la responsabilidad por los encaminamientos que serían dados a los niños y jóvenes en conflicto con las leyes de la sociedad. De eso resultaron las llamadas *reuniones de grupo familiar*, de las cuales participaban no apenas el adolescente en causa y su familia, mas también los demás involucrados, bien como representantes de las instancias estatales, para la construcción colectiva de una solución de conflicto que no influenciaba apenas a los implicados, más a la comunidad como un todo⁴.

La Organización de la Naciones Unidas – ONU, como forma de incentivar y reglamentar las prácticas de justicia restaurativa en el mundo, emitió tres resoluciones de 1999 a 2002 tratando del asunto: Resoluciones 1999/26, 2000/14 y 2002/12. Tales resoluciones se constituyen referencias para el trabajo de la justicia restaurativa en los países signatarios de la ONU.

En Brasil, la aplicación de la justicia restaurativa se inició hace aproximadamente 10 años con tres proyectos pilotos apoyados por la Secretaria de Reforma del Judiciario (Ministerio de Justicia) y por el programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo, en las ciudades de Brasilia/DF, en el Juzgado Especial Criminal del Núcleo Bandeirantes; en Porto Alegre/RS, con el proyecto “Justicia para el Siglo XXI”, coordinado por la 3ª Vara del Juzgado Regional de la Infancia y de la Juventud y en San Caetano del Sur/SP, con el proyecto “Justicia, Educación, Comunidad: Alianzas para la ciudadanía” (PRUDENTE,2011).

Uno de los marcos legales de la justicia restaurativa en el derecho brasileiro es la Ley nº 12.594/2012, que instituye el Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo-SINASE, el cual prioriza la aplicación de la justicia restaurativa en la ejecución de medidas socioeducativas.

Está en trámite en el Congreso Nacional el proyecto de Ley nº7006/2006, que propone alteraciones al Código Penal, al Código de Proceso Penal y a la Ley de los Juzgados Especiales, facultándoles el uso de procedimientos de justicia restaurativa en el ámbito criminal.

⁴ Justicia Restaurativa: una vía para la humanización de la justicia - http://bdm.unb.br/bitstream/10483/694/1/2006_LeonardoOrtega.pdf

El Consejo Nacional de Justicia por medio de la Resolución 225/2016, da un paso fundamental para el desenvolvimiento de la justicia restaurativa en Brasil y presenta una directriz para su aplicación en varias áreas sensibles en el ámbito del derecho penal y procesal penal brasileiro. Este avance permitirá que los tribunales experimenten las prácticas restaurativas de acuerdo con la realidad de cada región o estado de la federación y se anticipen a las reformas en estudio de la legislación penal y procesal penal.

La resolución fue fruto de reuniones y debates realizados en Brasilia por integrantes del grupo de trabajo creado por el CNJ por medio de la Portería nº 74, del 12 de agosto de 2015 - del cual hacen parte los autores - que objetivo desarrollar estudios y proponer medidas para contribuir con el desarrollo de la justicia restaurativa en Brasil - directriz estratégica de gestión para CNJ en el bienio 2015-2016.

2. Contextualización de la Justicia Restaurativa

La realidad en que vivimos hoy - de gran judicialización de los conflictos sociales - es reflejo, de entre otras cosas, de la ausencia de senso comunitario y de la deficiencia de acciones que concedan autonomía a la sociedad para que solucionen sus propios conflictos.

El sistema tradicional de justicia, con foco en la punición y análisis de la culpa, deja de lado el sentido de responsabilización y de reparación, en la medida en que no escucha y considera a la víctima, ni procura dar significado a la punición del ofensor - descartando cualquier voluntad de los involucrados, que pasan a tener una participación secundaria en el curso del proceso.

La justicia restaurativa tiene justamente la capacidad de conferir a la comunidad mayor dignidad y conciencia de su papel, en la medida en que reconoce y trabaja en las dimensiones de todos los atingidos directa o indirectamente por el conflicto, o sea, de la víctima, del ofensor y de la comunidad de la siguiente forma:

a) Dimensión de la víctima

En la dimensión de la víctima la Justicia Restaurativa procura buscar su empoderamiento, en la medida en que el conflicto compromete el sentido de autonomía.

En el sistema tradicional la víctima es vista apenas como objeto de prueba, cuando en la verdad es la principal afectada por el conflicto y debería participar activamente de su resolución.

La Justicia Restaurativa oportuniza a la víctima esta participación y el conocimiento de las medidas que están siendo adoptadas para reparar el mal sufrido.

Esa dimensión (la de la víctima) es esencial en el proceso restaurativo aunque ocurra de manera indirecta o simbólica (ejemplo: homicidio, en que la víctima es representada por la familia; tráfico de drogas, en que la víctima es la sociedad)

b) Dimensión del ofensor

En la del ofensor busca inculcar en él el senso de responsabilización, para que comprenda efectivamente las consecuencias de su conducta y el mal causado y que contribuya, conscientemente, con la construcción de mecanismos para la reparación de ese mal.

El agresor no se siente responsable por el daño causado cuando es condenado a repararlo por medio de una decisión verticalizada. Muchas veces se siente víctima de la sociedad cuando es condenado a reparar el daño y no percibe que su reparación es una forma de amenizar el mal.

Se trabaja también con el ofensor el sentido de pertenencia, para que se sienta responsable por la resolución del conflicto, hacer que se sienta parte de la comunidad que desestructuró con su conducta.

Así como la víctima, la presencia del ofensor también puede ser indirecta o simbólica (ejemplo: fallecimiento en el curso del proceso).

c) Dimensión de la comunidad

En la dimensión comunitaria, se pretende rescatar y fortalecer el senso de colectividad y el sentimiento de corresponsabilidad, en el establecimiento de inter relaciones horizontales.

En gran parte de la relaciones conflictuosas, la comunidad a la cual la víctima y el ofensor pertenecen es afectado por el conflicto y debe haber la prerrogativa de colaborar en la restauración de los interesados.

La participación activa de la comunidad disminuye la sensación de impunidad, que muchas veces ocurre del desconocimiento del proceso y de las medidas aplicadas.

El sentimiento de inoperancia del Estado lleva a las personas a querer hacer “justicia con sus propias manos”.⁵

Las prácticas restaurativas proponen el involucramiento, tanto cuanto posible, de todos aquellos que tienen interés en determinada ofensa, en un proceso que

⁵ Manual de Justicia Restaurativa del Tribunal de Justicia del Estado de Paraná – 2015, p. 05/06.

colectivamente identifica y trata los daños, necesidades y obligaciones provenientes de la ofensa, a fin de promover el restablecimiento de las personas y enrectar las cosas, en la medida de lo posible (ZEHR,2012).

Según el mismo autor, los tres pilares de la justicia restaurativa son⁶:

- 1) DAÑOS Y NECESIDADES: Experiencia reparadora para todos los involucrados.
- 2) OBLIGACIONES: El ofensor debe ser estimulado a comprender el daño que causó y entender las consecuencias de su comportamiento, asumiendo la responsabilidad de corregir la situación –tanto concreta cuanto simbólicamente.
- 3) COMPROMETIMIENTO/PARTICIPACIÓN: Todas las personas involucradas (víctima, ofensor y comunidad), desempeñan papeles significativos y, por eso, precisan de informaciones.

Se comprende con eso, que la justicia restaurativa está anclada en el diálogo para la busca del consenso, porque apenas los involucrados en la relación conflictuosa y terceros afectados, o sea, aquellos que vivenciaron la desavenencia, saben cuál es la solución más adecuada para aplacar el mal que deriva de ella. Permite que todos los afectados, directa o indirectamente por el conflicto sean protagonistas en la busca del entendimiento y no simples espectadores de una decisión verticalizada.

No se puede desconsiderar que para la víctima es importante creer en la justicia y para eso debe ser instruida y consultada sobre los rumbos del proceso.

Para las víctimas es posible, según Zehr, ofrecer una sensación de restauración, mismo que en el ámbito simbólico permitiendo respuestas para algunas cuestiones que la preocupan, por ejemplo: ¿Por qué yo? ¿Esa persona tenía alguna cosa personal contra mí? ¿Esa persona va a volver? ¿Yo podría haber hecho alguna cosa para no tornarme víctima? Muchas otras dudas pueden y deben ser esclarecidas⁷.

Por ser un método inclusivo, que propone la participación de todos los involucrados en la relación conflictuosa, la justicia restaurativa puede ser aplicada en casos de los más diversos ámbitos de derecho, sea en el área criminal, de la familia, de la infancia y juventud o civil.

⁶ ZEHR, Howard. Justicia Restaurativa. Traducción de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 34/35

⁷ Manual Justicia Restaurativa del TJPR

Se trabaja en la justicia restaurativa con fundamentos en algunos principios básicos, de entre ellos: de la voluntariedad, del consenso, y de la confidencialidad. Las partes involucradas en el conflicto deben quedar expresamente con el procedimiento y consentir con las técnicas aplicadas. La confidencialidad debe garantizar a todos los participantes que los asuntos tratados durante el procedimiento no sean utilizados como medio de prueba endoprocual, ni revelados.

Es oportuno ponderar que la justicia restaurativa no es sinónimo de perdón o impunidad y en la realidad brasilera tampoco pretende competir con las varias formas tradicionales de aplicación de derecho y hay casos en que no comportan prácticas restaurativas y la solución tradicional debe ser aplicada.

2.1 Círculos de Construcción de Paz

Existen varios métodos para la aplicación de la justicia restaurativa – como conferencias familiares (circular narrativa), mediación transformativa, mediación víctima-ofensor (*Victim ofender Mediation*), la conferencia (*conferencing*), los círculos de pacificación (*Peacemaking Circles*), círculos decisorios (*Sentencing Circles*), la restitución (*Restitution*). El presente artículo, por lo tanto, se centrará en los círculos de construcción de paz, de la forma de cómo han sido aplicados en la mayoría de las facilitaciones realizadas en el Estado de Paraná.

Los círculos de construcción de paz demandan un proceso dialógico y participativo, en donde son invitados a participar todos aquellos que directa o indirectamente son afectados por la relación conflictuosa, pues viabilizan el encuentro entre personas, suscitan afinidades, crean o fortalecen vínculos y promueven comprensiones recíprocas. Esos elementos son alcanzados por medio del relato de experiencias personales:

Pues se parte del presupuesto de que con la narrativa de sus historias vividas -y no apenas de aquella concerniente a la relación conflictuosa- muchos se identifican unos con los otros, perciben que poseen los mismos anhelos, temores, creencias y esperanzas. Según Kay Pranis, pionera en la aplicación del procedimiento circular restaurativo en el ámbito institucional, (PRANIS, 2010) “Las historias unen a las personas por su humanidad común”⁸.

⁸ Manual de Justicia Restaurativa

La propia estructura del círculo es diseñada para que se vea el otro como un ser humanizado y no como cosa/objeto, y este reconocimiento puede ocurrir en la esfera de las emociones, en circunstancias de participación igualitaria, con responsabilidad compartida, en que las necesidades de todos sean atendidas. Éstas son las condiciones esenciales para que el hombre pase a ver a su semejante como interdependiente de sí, lo que puede darle motivos para tratarlo con cuidado de quien comprende que no está solo en el mundo y que necesita de otro para ser libre.

Aún de acuerdo con Kay Pranis, *“el formato espacial del círculo simboliza liderazgo compartida, igualdad, conexión e inclusión. También promueve foco, responsabilidad y participación de todos”*.⁹

A fin de esclarecer la estructura y los elementos para el desarrollo de los círculos de construcción de paz, oportuno la transcripción del cuadro explicativo constante en el Manual de Justicia Restaurativa de TJPR:¹⁰

1. CEREMONIA DE ABERTURA	Marca el inicio de las actividades y promueve la aproximación entre los participantes y la conexión con la actividad que irán a iniciar. Hay varias formas de realizar la ceremonia de abertura, con dinámicas o actividades lúdicas, como la lectura de una poesía, audición de una música, técnicas de respiración, de entre otras.
2. PRESENTACIÓN / AL ENTRAR (CHECK IN)	Oportunidad en que todos los participantes dicen su nombre, profesión u otras informaciones personales que vean relevantes para el desarrollo de círculo y también manifestar de cómo se están sintiendo en aquel momento.
3. CONSTRUCCIÓN DE VALORES Y DIRECTRICES	Momento en el que todos los participantes escogen los valores y las directrices a ser observados para el buen andamiento del encuentro, con la

⁹ PRANIS, Kay. Procesos Circulares. Teoría y Práctica. Serie de la reflexión a la práctica. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2010, p.

¹⁰ Manual de Justicia Restaurativa del Tribunal de Justicia de Paraná

	intención de proporcionar un espacio seguro.
4. PREGUNTAS NORTEADORAS	Son las preguntas que efectivamente conducirán los diálogos entre los participantes o direccionar el círculo de acuerdo con la finalidad que se pretenda alcanzar con la práctica.
5. A LA CONCLUSIÓN (CHECK-OUT)	Los interesados relatan de cómo se sienten después de la participación en el círculo.
6. CEREMONIA DE ENCERRAMIENTO	Señaliza el encerramiento de la práctica y celebra el esfuerzo por la realización de las actividades. De la misma forma que en la ceremonia de abertura, también puede ser utilizada dinámicas o actividades lúdicas, como la lectura de una poesía, audición de una música, técnicas de respiración, de entre otras.

3. La Justicia Restaurativa en Paraná

El interés de los jueces y servidores paranaenses por las prácticas restaurativas surgió del descontentamiento con la entrega de la prestación jurisdiccional por medio de los métodos adversarios de resolución de conflicto. La adopción de una decisión verticalizada por el magistrado, en muchos casos, sobre todo en aquellos en que se vislumbra la existencia de relación continuada y de múltiples vínculos, no alcanza el aspecto sociológico, mas apenas el aspecto procesual. Y la misma relación conflictuosa por veces transita por todas las áreas del derecho y varas judiciales.

La Comisión Paranaense de Prácticas Restaurativas del Tribunal de Justicia de Paraná-TJPR fue creada por medio de la Portería nº 11/2014, de 18 de septiembre del 2014, por el Núcleo Permanente de Métodos Consensuales de Solución de Conflictos – NUPEMEC, con el objetivo principal de deliberación a cerca de la política de prácticas restaurativas en el ámbito del Poder Judicial Paranaense, dela que hacen parte los autores de este artículo, bien como demás jueces,

servidores, asesores, miembros del Ministerio Público y de la Orden de los Abogados del Brasil – Sector Paraná.

La comisión promovió la integración con el Ministerio Público y la Orden de los Abogados del Brasil que indicaron a sus miembros para que participen de ella y se reúnen mensualmente para evaluar los trabajos, monitorear la calidad de las formaciones (evaluación de reacción), debatir sobre las realizadas y trazar nuevas directrices.

La primera capacitación de jueces y servidores en justicia restaurativa ofrecida por el TJPR fue realizada en mayo de 2014, en la comarca de Ponta Grossa y ministrada por la Escuela Superior de Magistratura de Río Grande de Sur – AJURIS, en donde fueron presentados los principios y valores fundamentales a los procesos circulares y un abordaje transformativa de los conflictos, percibiendo en la justicia restaurativa una posibilidad efectiva de resolución adecuada de los conflictos llevados al Poder Judicial. La comisión viabilizó junto a TJPR la realización de capacitaciones en otras comarcas del Estado, como en Francisco Beltrão, Guarapuava, União da Vitória, Maringá, Londrina y Curitiba, a ejemplo de aquella ofrecida inicialmente en Ponta Grossa.

Con el inicio de los debates internos sobre el tema en Paraná, miembros de la comisión participaron del ciclo de conferencias con el tema “Justicia Restaurativa”, promovido por la Escuela de Magistratura de Paraná – EMAP, en noviembre de 2014.

Aún en el mes de noviembre de 2014 se realizó en la comarca de Ponta Grossa el 1º Encuentro de Prácticas Restaurativas, que contó con la presencia de aproximadamente 250 personas entre jueces, promotores de justicia, servidores y público en general

Dando continuidad a los debates internos y con el objetivo de presentar la justicia restaurativa para más magistrados paranaenses, miembros de la comisión participaron de IV Encuentro de Magistrados de los Juzgados Especiales – EMAJEP, en diciembre de 2014 en la comarca de Foz do Iguaçu, con la palestra Justicia Restaurativa – Posibilidades y Desafíos”, en la cual participó de los debates la Profesora Ada Pellegrini Grinover. Para mejor comprensión de la justicia restaurativa y su efectiva aplicación, fueron realizados 10 (diez) grupos integrados por los participantes que vivenciaron círculos de construcción de relacionamientos.

Con la intención de ampliar las discusiones y sensibilizar a la sociedad en general sobre las varias posibilidades y beneficios de la aplicación de la justicia restaurativa, en marzo de 2015, fue realizada una Audiencia Pública en la Asamblea Legislativa de Paraná con el tema “Justicia Restaurativa y Cultura por la Paz”, con la participación de miembros de la comisión, y otra en la Cámara Municipal de Ponta Grossa, con el tema “Implementación de las Prácticas restaurativas”, también en marzo de 2015 y en abril del mismo año en la Cámara Municipal de Londrina.

Los debates promovidos por las palestras y audiencias públicas, surgieron ideas y propuestas que propiciaron la construcción de las minutas de resolución y manual de Justicia Restaurativa del TJPR, que fueron aprobados por el Núcleo Permanente de Métodos Consensuales de Solución de Conflictos del TJPR – NUPEMEC en marzo de 2015 y dieron origen a la Resolución nº 04/2015 y al Manual de Justicia Restaurativa anexo a la referida resolución y publicado en julio de 2015, utilizado como referencial normativo de las practicas restaurativas del TJPR.

Con eso, Paraná paso a tener un referencial normativo de las prácticas restaurativas - reflejo de un trabajo colectivo de los miembros de la comisión - lo que fue significativo para despertar interés en el asunto y motivar la participación de Paraná junto al Grupo de Trabajo Nacional del Consejo Nacional de Justicia, destinado a estimular y desarrollar prácticas restaurativas en todo el territorio brasileiro.

A partir del inicio del año de 2015 la comisión se dedicó a la formación de su equipo propio de instructores para ministrar cursos de facilitadores en Justicia Restaurativa.

Buscamos informaciones generales junto al CNJ y la Escuela de la AJURIS, para cumplir con calidad la formación de facilitadores en justicia restaurativa. Con eso pasamos a organizar los cursos y contando para eso con la colaboración de nuestra Escuela de Magistratura de Paraná, a ejemplo de lo que ya ocurría en el Estado de Río Grande del Sur.

Utilizando nuestros valores propios constituidos por capacitados servidores y magistrados (profesores con vasta experiencia en proyecto de justicia restaurativa y facilitación de círculos), dimos inicio a nuestros cursos conjuntamente con la EMAP. La certificación de los cursos es ofertada por la EMAP en conjunto con la comisión. Esas capacitaciones ya fueron realizadas en Curitiba,

Londrina, Foz do Iguaçu, Guarapuava y Ponta Grossa; sumando 14 capacitaciones en total, con 250 personas capacitadas.

Reconociendo los beneficios de la utilización de la justicia restaurativa y el trabajo realizado por la comisión, la Inspección General de Justicia de TJPR. En agosto de 2015, solicitó a la comisión la aplicación de las prácticas restaurativas entre jueces en conflicto. El círculo fue conducido por miembros de la comisión y culminó con un acuerdo encaminado para la Inspección. La aplicación de las prácticas restaurativas a partir del incentivo de la Inspección General de Justicia, ha permitido la actuación en conflictos provenientes de gestión de personas.

Además de las prácticas noticiadas arriba, la comisión viene siendo invitada para realizar círculos de relacionamiento y sensibilización en gabinetes de Magistrados, departamentos de TJPR, con instructores de mediación del CNJ de TJPR, conciliadores de los Juzgados Especiales.

Ya realizamos en Paraná más de 900 pre-círculos, que resultaron en aproximadamente 350 círculos, sea en procesos judiciales, sea en círculos informales de sensibilización y relacionamiento.

Actualmente el TJPR cuenta con aproximadamente 50 jueces y 130 servidores capacitados para la aplicación de las prácticas restaurativas y 07 instructores (con experiencia en realización de procedimientos restaurativos y actuación en proyectos) aptos para ministrar capacitaciones en justicia restaurativa.

Miembros de la comisión también vienen participando de grupos de estudios sobre el tema:

- En la Universidad Federal de Paraná – UFPR;
- En la Universidad Estadual de Ponta Grossa – UEPG;
- En la Facultad UNIBRASIL;
- En la EMAP;
- En la Universidad Filadelfia – UNIFIL;
- En el Fórum de Londrina;
- En la Facultad Sul Brasil – FASUL;
- En la Universidad Norte de Paraná – UNOPAR;
- En la Facultad Campo Real;
- En el CEJUSC/PG

En las Comarcas de Campo Largo, Cascavel, Curitiba, Foz do Iguaçu, Francisco Beltrão, Guarapuava, Londrina, Marialva, Ponta Grossa, San José dos Pinhais, Realeza, Toledo, de entre otras, viene siendo aplicadas prácticas restaurativas en

procesos judiciales y realizadas palestras de sensibilización y círculos de relacionamiento para divulgación del tema.

3.1. Experiencias restaurativas en la Comarca de Ponta Grossa

En la Comarca de Ponta Grossa se optó por centralizar la implementación y aplicación de las prácticas restaurativas en el Centro Judiciario de Solución de Conflictos y Ciudadanía – CEJUSC, instalado en julio de 2014.

La Justicia Restaurativa es aplicada en los ámbitos pre-procesual y procesual, en casos de violencia doméstica y familiar, contravenciones penales, crímenes de medio y menor potencial ofensivo, derecho de familia y civil.

Participan en los proyectos del CEJUSC/PG la Vara de la Infancia y Juventud, 1ª y 2ª Varas de Familia, los 1º, 2º y 3º Juzgados Especiales Civil, Criminal y de Hacienda Pública, el Juzgado de la Violencia Doméstica, la 1ª Vara de Hacienda Pública, la 9ª y la 14ª Promotora de Justicia, La Comisaría de la Mujer, La Defensoría Pública, la UEPG, la Facultad SECAL, el Instituto Mundo Mejor, el Patronato, los Centros de Socioeducación – CENSE, los Centros de Referencia de Asistencia Social – CRAS y la Asociación Comercial, Industrial y Empresarial de Ponta Grossa – ACIPG.

Los casos pre-procesuales pasan por las siguientes fases: el solicitante se puede presentar directamente en el CEJUSC/PG o ser encaminado por instituciones, reparticiones públicas, órganos y entidades (escuelas, comisarias, procon, etc.). El servidor del CEJUSC elabora el relatorio inicial y encamina el caso para los facilitadores, que programan el pre círculo. En caso de desinterés en participar de las prácticas restaurativas el procedimiento es archivado. Habiendo interés en la participación es agendado el círculo. Firmado consenso y acuerdo, este documento es homologado por la juez coordinadora del CEJUSC. No siendo alcanzado el acuerdo el procedimiento es archivado.

En los casos judicializados los procesos son encaminados al CEJUSC de oficio por el juez o a requerimiento de las partes y/o del Ministerio Público. Recibido el proceso, éste es encaminado para los facilitadores que agendan el pre círculo. En caso de concordancia en la aplicación de la justicia restaurativa es agendado el círculo y en caso de consenso el proceso es remitido al juez de origen para la homologación de acuerdo. No habiendo acuerdo en la participación en el círculo o en caso de no celebrarse el acuerdo el proceso retorna para la vara de origen para proseguimiento regular.

En los casos procesuales lo hecho puede ser suspendido para la aplicación del círculo de construcción de paz o seguir su trámite normal y la justicia restaurativa puede ser aplicada paralelamente.

Además de los círculos de construcción de paz ejecutados en casos judicializados o no, los principios restaurativos también son aplicados en los siguientes proyectos desarrollados en el CEJUSC/PG: Circulando Relacionamientos y respectivos Talleres de Revivificación; En la Medida que yo Pienso; Alternativa para Cambiar; Hablando en Familia y Escuela Restaurativa.

El proyecto “Circulando Relacionamientos” inició con alianza entre CEJUSC/PG y la Comisaría de la Mujer de esta comarca y hoy abarca, también, casos encaminados por el Juzgado de la Violencia Doméstica. Los casos de violencia doméstica o familiar son remitidos a este centro aún en fase de elaboración de boletín de ocurrencia por la Comisaría de la Mujer, o en casos en que ya hubo instauración de Inquérito Policial y aplicación de medida protectora por el Juzgado de Violencia Doméstica.

Recibido el boletín de ocurrencia o la medida protectora, la víctima, el ofensor y eventuales apoyadores, escogidos por ellos, son invitados para participar de los círculos de construcción de paz conforme al diagrama de flujo de arriba.

Los talleres de revivificación del proyecto “Circulando Relacionamientos”, realizadas en sociedad con el Juzgado de la Violencia Doméstica, Comisaría de la Mujer y Defensoría Pública fueron creadas para el atendimento de víctimas y ofensores de casos de violencia doméstica y familiar, como forma de preparar a los involucrados para la participación en el círculo.

La práctica nos mostró que las partes en conflicto de esta naturaleza, se mostraban muy vulnerables emocionalmente y no estaban preparados, en un primer momento, para participar del procedimiento circular restaurativo.

Los Talleres consisten en 06 (seis) encuentros apenas con víctimas y 06 (seis) encuentros apenas con ofensores, ambos semanalmente, y un último encuentro en conjunto, con víctimas y ofensores intercalados. Los talleres se llevan a cabo por personas con formación circular y con la utilización de los elementos del círculo. Aún son temáticos y proponen el intercambio de asuntos como machismo, feminismo, género, violencia, etc.

Después de la participación en los talleres los involucrados manifiestan su interés de participar o no del círculo de construcción de paz para el tratamiento del conflicto en sí.

El proyecto “En la Medida que yo Pienso” también consiste en talleres temáticos con la utilización de la principiología de los círculos de construcción de paz destinados al atendimento de adolescentes en cumplimiento de medidas socioeducativas en alianza con la vara de la Infancia y Juventud y la 14ª Fiscalía de Justicia. El objetivo de los talleres es llevar al adolescente en conflicto con la ley, a reflexionar y percibir las consecuencias de su conducta y posibilitar la construcción de nuevos valores. Los talleres tratan de los siguientes temas: 1º Taller- ¿Qué es eso, Medida Socioeducativa?- Sociedad Normativa - Teorías Contractuales; 2º Taller - ¿Yo soy lo que pienso o pienso lo que soy?- Ética y Moral – Relación Yo y el Otro; 3º Taller – Indiferencia y Banalización - ¿El Hombre es el lobo del Hombre?; 4º Taller - ¿Qué es el Tiempo? - ¿Dios, Existe? - ¿Existe Vida antes de la Muerte? – Percepción de Pasado, Presente y Futuro; 5º Taller - ¿Qué es el Ser Humano? – Humano demasiado Humano – Nihilismo – Evaluación Final.

Desde el comienzo de los talleres, 76 (setenta y seis) adolescentes ya fueron asistidos y de éstos sólo 03 (tres) recayeron.

En el ámbito de los crímenes de menor potencial ofensivo es desarrollado el proyecto “Alternativa para Cambiar” en sociedad con la 9ª Fiscalía de Justicia, para infractores cuyo comportamiento delictuoso sea resultante del uso de sustancias entorpecentes. La participación en los 6 (seis) talleres del proyecto que acontecen semanalmente, es ofrecido al autor del hecho como una de las condiciones de la transacción penal. En el primer taller son presentados los elementos del círculo y contruidos los valores y directrices que direccionaran todas las actividades en el recorrer de los talleres, los usuarios serán estimulados a reflexionar sobre su sentido de colocación frente al uso de la sustancia entorpecente y sus reflejos biológico, psicológico y social. Y a partir de las reflexiones generadas oportunizar el cambio de comportamiento.

En las acciones encaminadas por las Varas de Familia es realizado el proyecto “Hablando en Familia” - en alianza con la UEPG y la Facultad Secal- por medio de un único taller con autores y reos (partes cruzadas) de procesos de alimentos y divorcio, aproximadamente una semana antes de la audiencia de conciliación. El objetivo de la propuesta es ejecutar talleres de conocimiento y esclarecer a las partes involucradas en el conflicto familiar sobre sus derechos, deberes y consecuencias de la litigiosidad en la coparentalidad. Son tratados, de forma

participativa, temas como la importancia de mantener la relación entre padres e hijos. La responsabilidad emocional y financiera de ambos los padres en relación al prole, los prejuicios emocionales decurrentes de la alienación parental, de entre otros aspectos envolviendo cuestiones de familia.

El proyecto “Escuela Restaurativa” es una alianza con la Superintendencia de Educación de Paraná e Instituto Mundo Mejor para capacitación, implementación y relatoría de la aplicación de la justicia restaurativa en 05 (cinco) escuelas estatales de Ponta Grossa. El objetivo es que las escuelas participantes creen su propio núcleo de justicia restaurativa para la resolución de conflictos internos y que no caracterizan acto infraccional, reduciendo los índices de indisciplina, violencia, bullying y hasta mismo evasión escolar.

Los directores, pedagogos y profesores de las escuelas seleccionadas pasaron por capacitación en justicia restaurativa en el mes de mayo, del presente año y el proyecto se encuentra en fase de elaboración de un plan para implementación de la aplicación de las prácticas restaurativas en las escuelas.

4. Conclusión

Con la aplicación de la justicia restaurativa en los espacios institucionales del Poder Judicial Paranaense, se ha comprobado que representa no apenas la inserción de una nueva herramienta para la resolución de conflictos, mas también promueve tratamiento diferenciado al jurisdicionado, consecuencia de una modificación en la forma de actuación de los servidores públicos, practicantes y voluntarios involucrados con su aplicación.

Al practicar una escucha activa, al comprender el conflicto que le es presentado, percibe que puede colaborar para la real solución del el - no apenas el aspecto procesal, mas también el aspecto sociológico, que por veces es mucho más amplio de aquella materializada y descrita en los autos - y por consecuencia para la efectividad de la prestación jurisdiccional.

La aplicación de los círculos de construcción de paz, trae para los colaboradores, auxiliares de justicia y servidores públicos un cambio de perspectiva sobre el papel que ejercen en el sistema judicial direccionado a la resolución del litigio. Se perciben que efectivamente hacen parte del Poder Judicial y que sus actitudes pueden modificar el concepto común y ya arraigado en la sociedad de ineficiencia y morosidad.

La automatización y el aumento de las demandas trajo una prisa a los órganos judiciales en atender y encerrar el proceso. No se puede confundir celeridad y rapidez en las respuestas judiciales con prisa y acciones que generen percepciones de un mal atendimento por el Poder Judicial.

Esta preocupación excesiva con la rapidez, con la duración del proceso, a veces puede estar en total descompás con aquello que realmente las partes esperan como respuesta del Poder Judicial. La precepción de las personas de que fueron oídos, de que sus expectativas, por lo menos en parte, fueron atendidas, puede hacer toda la diferencia en la evaluación de los servicios judiciales.

La aplicación de los círculos de construcción de paz y de los proyectos fundados en los principios y técnicas circulares ha demostrado que cuando las personas envueltas en el conflicto son efectivamente escuchados, de forma individual y atenciosa, el mayor tiempo que este atendimento diferenciado demanda no es un problema. Prefieren una respuesta más vagarosa, más efectiva, a una respuesta acelerada que no atienda a sus deseos.

La efectividad de la entrega de la prestación jurisdiccional se refiere mucho más a la resolución eficaz del conflicto, a aquella que no alude solamente las cuestiones procesuales (que no dicen nada con respecto a las partes, siendo por ellas, inclusive, ignoradas) mas sí la que acontece de la escucha activa y comprometimiento de los integrantes del Poder Judicial, que promueven un encaminamiento seguro para que alineen en conjunto a lo que mejor les atiende.

De este modo, la implementación de las prácticas restaurativas trajo también ese saludable cambio en el ambiente institucional y en el comprometimiento de todos los colaboradores, auxiliares de justicia y servidores, lo que ha sido recibida de una forma bastante positiva por el jurisdicionado, motivo mayor de la existencia de todo servicio público.

5. Referencias

- BRASIL. Lei 12.594. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Diário Oficial da União, Brasília, 18 de Janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm Acesso em 06 set. 2015.

- LIEBMANN, Marian. **Restorative Justice** - How It Works. London: Jessica Kingsley Publishers, 2007.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 12. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 24 de Julho de 2002. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.U2bdmPldVcg> Acesso em: 06 set. 2015.
- PRANIS, Kay. Processos Circulares. Teoria e Prática. Série da reflexão a prática. [Tradução de Tônia Van Acker]. São Paulo: Palas Athenas, 2010.
- PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa e experiências brasileiras. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.
- ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.
- ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa. [Tradução de Tônia Van Acker]. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- Manual de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – 2015.
- Justiça Restaurativa: uma via para a humanização da justiça - http://bdm.unb.br/bitstream/10483/694/1/2006_LeonardoOrtegal.pdf

UNIDAD IV: LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU APLICACIÓN EN EL PERÚ

Hernández Alarcón, Christian. Salidas Alternativas y Justicia Restaurativa en la Justicia Penal Juvenil.

Salidas Alternativas y Justicia Restaurativa en la Justicia Penal Juvenil

Christian Hernández Alarcón*¹

“Pero existe otro camino, una recuperación del ideal tutelar y un garantismo eficaz con capacidad para combatir dinámica y enérgicamente la dureza de una sociedad ya experimentada en el ejercicio de la crueldad”

Alberto Binder

En el presente texto, tras una breve presentación de la Justicia Restaurativa, analizaremos sus posibilidades tanto en manos del Fiscal como del Juez incidiendo específicamente en las instituciones procesales que son de su competencia, finalmente nos referiremos a la importancia del control y seguimiento de las decisiones que toman ambos operadores con la finalidad de alcanzar resultados auténticamente restaurativos.

1. La Justicia Restaurativa

1.1. Una aproximación introductoria

Hablamos de “Justicia” en su acepción de “mecanismo de solución de conflictos” y le añadimos el adjetivo “restaurativa” para hacer referencia a un modo de alcanzarla restaurando todo lo que el conflicto ha dañado.

En los últimos tiempos, alrededor del mundo se han venido implementando numerosas experiencias restaurativas, con distintos enfoques en diversos ámbitos de la vida. Muchos países han llevado adelante procesos restaurativos nacionales (comisiones de verdad y reconciliación). Algunos países han venido incorporando diversos aspectos de la Justicia Restaurativa por medio de leyes (ejemplo Colombia), otros en cambio, sin llegar a emitir leyes específicas como nuestro país, han implementado programas restaurativos llenando los vacíos existentes en las legislaciones nacionales (gestión de las salidas alternativas en la justicia penal juvenil y de adultos, así como en la ejecución de las sanciones penales). Asimismo, en otros países como España y en los Estados Unidos, se han implementado prácticas restaurativas como mecanismo de intervención preventiva en la disciplina escolar.

¹ Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Juez Superior de la Corte de Ventanilla, Docente de la Maestría en Derecho de Familia de la Universidad de San Martín de Porres y Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo y de la Academia de la Magistratura.

Podemos señalar por ello, que no hay un “modelo” de Justicia Restaurativa, sino más bien un conjunto de experiencias que luego de ensayo y error, se han venido sistematizando y recogiendo, por lo que aunque no todas estas experiencias han logrado implementar todos los elementos de la Justicia Restaurativa, podemos advertir que existe ya un movimiento mundial en pro de un cambio en el modo de hacer justicia que no tiene vuelta atrás, al cual se reconoce con el nombre de “restorative justice” o “justicia restaurativa” desde el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993, término bajo el cual por su amplitud y generalidad integra sin dificultades todo el espectro de prácticas y experiencia restaurativas.

1.2. Razones de la aparición de la Justicia Restaurativa

El modo distinto de hacer las cosas que intenta llevar a cabo la Justicia Resturativa, se basa tanto en el fracaso de la Justicia vindicativa como de la puramente rehabilitadora. Tres corrientes de pensamiento han confluído desde diversas perspectivas para tomar conciencia de este fracaso y propiciar el surgimiento de la Justicia Restaurativa, lo que explica su carácter integral².

a) Incapacidad del Sistema Penal: La crisis de la forma tradicional de resolver los conflictos que ha insistido en la necesidad de buscar soluciones alternativas con mayor intervención de la comunidad, la cual debe “hacerse cargo” en forma directa de éstos conflictos, pues al fin y al cabo la persona que ha delinquido es un producto de una comunidad determinada, que por tanto debe ser involucrada no sólo por ser corresponsable de lo que ha sucedido, sino también porque es víctima indirecta (tiene comunidad de daño con la víctima directa) o víctima potencial³.

Esta búsqueda de involucramiento de la comunidad, en el sistema penal actual guarda coherencia con el modelo estatal, pues las democracias modernas habiendo superado el asistencialismo del estado de bienestar, se caracterizan más bien por ser “democracias participativas” que buscan un el consenso manteniendo un control participativo y

² KELMEMAJER, Aída “Justicia Restaurativa” Op Cit, p 119 La autora señala que la confluencia de estas tres corrientes para su aplicación explica su ambigüedad y dificultad para determinar su naturaleza jurídica. Hay quienes puede decir que estamos ante una propuesta ecléctica, y no dejan de tener razón, yo prefiero llamarle integral, pues en todo caso toma en cuenta todos los actores y dimensiones inmersas en el conflicto integrándolas en una nueva propuesta.

³ Cesar Herrero señala que la justicia restaurativa no es algo absolutamente novedoso, pues se ha desarrollado a partir de las críticas del sistema penal y de su administración (Cfr HERRERO HERERO, César “Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico”, Dykinson, Madrid, 2005 p 231). Es interesante la posición constructiva de Ceretti quien destaca la que llama “crisis legicéntrica” del derecho, puesta de manifiesto en la difícil adaptabilidad del sistema jurídico (centralizado y formalista) frente a la complejidad de los vínculos sociales y a la demanda de una participación más activa por parte de los ciudadanos en la gestión directa. (Cfr CERETTI, Adolfo “Mediación Penal y Justicia. En-contrar una norma” en PEDRO R. DAVID (coordinador) “Justicia Reparadora, Mediación Penal y Probation”, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p 16 y ss)

descentralizado, para así superar la crisis de legitimidad lo que en palabras de Habermas, se reconoce como “derecho reflexivo”⁴

b) La “victimología”, que denunciando el olvido de la víctima por el sistema penal, replantea su intervención de modo activo, pues el delito además de ser una trasgresión de la ley cuya sanción le interesa a la comunidad, es la ofensa de una persona a otra persona. Así, la victimología denuncia la “ceguera” de la intervención penal que no ve el delito como un conflicto y por ello responde con la pena, la cual no satisface ni a la comunidad ni a la víctima. Frente a ello, plantea la satisfacción de todas las necesidades de la víctima: verdad, no impunidad, conocimiento, cambio y reparación incluyendo la garantía de no repetición ⁵.

c) Los resultados alcanzados por las llamadas ideologías en RE o de Tratamiento: La corriente que denunció los efectos estigmatizantes y criminalizadores del Sistema Penal, el cual, por la deficiente implementación de los sistemas de reinserción social en vez de “rehabilitar” favorece la reincidencia⁶.

1.3. Concepto de Justicia Restaurativa

Las diversas experiencias y enfoques hacen difícil asumir un concepto de la Justicia Restaurativa, la que a mí me gusta más por su sencillez e integralidad es la de Marian Liebman “La Justicia Restaurativa aspira restaurar el bienestar de las víctimas, agresores y la comunidad dañadas por el crimen, y así prevenir mayores ofensas”⁷ Esta misma autora nos presenta una definición más descriptiva propuesta por el Consorcio de Justicia Restaurativa el año 2006 “La Justicia restaurativa trabaja para resolver conflictos y reparar daños, fomentando que quien ha causado los daños reconozca el impacto de lo que hizo y le da la oportunidad de repararlo, teniendo también quien ha sufrido un daño la oportunidad de que el daño que le causaron sea reconocido y reparado”⁸

⁴ HABERMAS Jürgen, sostiene que el consenso puede ser alcanzado sin fuerza ni manipulación, pues sólo así el resultado de las deliberaciones tiene validez y legitimidad para la comunidad, filosofía que guarda concordancia con la Justicia Restaurativa. Sobre el particular ver KELMEMAJER, Aída Op cit p 181.

⁵ La victimología ha denunciado la expropiación del conflicto que le pertenece a la víctima en manos del Estado. Un estudio completo y actualizado sobre la evaluación del rol de la víctima en el proceso penal, podemos encontrar en SANZ HERMIDA, Agata, “Víctimas de delitos: Derechos, Protección y Asistencia” Iustel, Primera Edición, Madrid, 2009. Asimismo, es de reconocer que nuestra legislación incorpora ya una regulación distinta de los derechos de la víctima en el Nuevo Código Procesal Penal (Artículos 247 y ss)

⁶ Existen numerosos trabajos que critican el encierro, destacamos el efectuado por GRANDJEAN, Annie y CAPPELAERE, Geert “Niños Privados de Libertad, Derechos y Realidades” UNICEF, Comité Español, Madrid, 2000, en este texto luego de analizar las consecuencias del encierro en los niños se plantean sus alternativas.

⁷ LIEBMAN, Marian “Restorative Justice” How it Works Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, p 25.

⁸ Ibidem

Podemos señalar por ello que los elementos claves que definen de modo sucesivo a la justicia restaurativa son⁹:

- a) Involucra voluntariamente al que ha cometido el delito, a la víctima y a la comunidad (mira las necesidades de todos, pues todos han sido afectados)
- b) Para participar activamente en la solución del conflicto, restablecer las relaciones quebradas, reparar el daño causado a la víctima y recuperar la paz de la comunidad. (responsabilidad, restauración y reintegración)
- c) Previendo, que una situación similar vuelva a suceder.

1.4. Tres actores, tres dimensiones: Responsabilidad, Restauración y Reintegración

Hemos podido constatar, que hay tres actores claves en la justicia penal juvenil (el que cometió el delito, la víctima y la comunidad) cuyo rol cambia totalmente entre los modelos de justicia tradicional (rehabilitador-retributivo) y la justicia restaurativa.

El resultado: una filosofía “holística” que integra tres dimensiones, que la doctrina resume en las tres “R”: Responsabilidad del autor, Restauración de la víctima y Reintegración del infractor en la comunidad¹⁰.

Sistema de Justicia Tradicional (tutelar-retributivo)	Tres actores	Justicia Restaurativa Tres Dimensiones
El adolescente luego de su encuentro con la justicia no sale más responsable	Ofensor	Responsabilidad, asumida libremente por el autor.
No repara a la víctima	Víctima	Restauración de la víctima que debe ser reparada.

⁹ WRIGHT, Martín señala que la Justicia Restaurativa es un proceso por el que todas las partes afectadas por una infracción específica se reúnen para resolver colectivamente cómo reaccionar ante la infracción y sus implicaciones para el futuro. Sus elementos esenciales son: I) participación comunitaria o pública, II) Participación de las partes; III) Colaboración entre las agencias, y IV) Orientación hacia la resolución del problema.

¹⁰ Cfr KELMEMAJER DE CARLUCCI, Ahida “Justicia Restaurativa” Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2005, p 109-119. Esta autora utiliza el término “holístico” como sinónimo de integral, asimismo, citando a IGLESIA VILA, Marissa, en “El Problema de la Discreción Judicial”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p 184, explica que el holismo epistémico es una tesis que niega la posibilidad de confrontar en forma aislada cada una de nuestras creencias con la experiencia, señala además que para el **holismo**, cuando emitimos un juicio sobre un fenómeno ponemos en relación con la experiencia no cada una de nuestras creencias; sino la totalidad de nuestro esquema de convicciones.

No reinserta al adolescente en su comunidad, la cual no se implica.	Comunidad	Reintegración de los lazos y vínculos con una comunidad que se implica.

2. La utilización restaurativa de las Salidas Alternativas por parte del Fiscal en la Justicia Penal Juvenil

2.1. Punto de partida: No podemos ni debemos investigar todo

En la cuadra 10 de la Avenida Riva Agüero de El Agustino, se produjo un arrebato de un celular. La Víctima, una joven que abordaba un vehículo de transporte público. De acuerdo a la descripción dada por la joven el autor habría sido un adolescentes de aproximadamente unos 14 años de edad, no se pudo recabar información adicional respecto de este hecho ¿Qué podemos hacer? ¿Debemos continuar las investigaciones aún si no contamos con ninguna pista que nos permita identificar al autor del hecho?

Sin duda tenemos que tomar una decisión pronto (decisión temprana), pues los recursos que empleemos en continuar una investigación con pocas probabilidades de un resultado positivo, restarán energías y esfuerzos que tenemos que poner en otros casos en los que sí tenemos posibilidades de éxito. Si optamos por archivar el caso, la información que hemos recabado respecto del lugar en el que se produjo el hecho denunciado, la modalidad de la comisión del ilícito también nos sirve para coordinar estrategias de vigilancia y control en esas zonas con la Policía Nacional. (Persecución penal estratégica del delito)

Supongamos que la víctima pidió auxilio y el adolescente cuando corría con el celular en la mano, fue atrapado por personal policial. La víctima recuperó el celular y no quiere saber nada del caso. El adolescente nunca antes ha tenido un problema con la justicia. ¿Debemos denunciarlo sin tomar en cuenta ninguna otra consideración?

Aquí también debemos decidir pronto (decisión temprana) y de nuestra decisión dependerá que el caso ingrese al sistema penal o que busquemos para el adolescente una salida alternativa, es decir una salida distinta a la sanción penal.

2.2. La Decisión Temprana y sus dos filtros

Llamamos decisión temprana a aquella que debe tomar el fiscal en su primer contacto con los hechos o tan pronto tenga información suficiente y de calidad.

La decisión temprana funciona como un “filtro” mediante el cual se califican o seleccionan las denuncias, separando aquellas que deben ser desestimadas o rechazadas liminarmente porque los hechos no son delito, por que la acción ha prescrito o porque muy a pesar nuestro, no tenemos ninguna posibilidad de continuar una investigación con éxito de aquellas que pueden realizarse actos de investigación dirigidos a obtener información

mínima que permitan denunciar (sistema inquisitivo) o formalizar la investigación preparatoria (sistema acusatorio), es decir encontrar elementos suficientes que vinculen al adolescente con la comisión del ilícito pues la sola imputación sustentada en suposiciones vagas no es suficiente para sostener la persecución penal¹¹ (Decisión temprana dentro de la legalidad o usando el filtro de legalidad), para luego pasar a la seleccionar cuáles son los adolescentes a los que se les va a conceder la remisión o el archivo por perdón del agraviado (Decisión temprana aplicando salidas alternativas o dentro del filtro de la oportunidad)

3. La Remisión en sede Fiscal como salida alternativa

Las cifras demuestran que el Ministerio Público utiliza poco la Remisión¹². Esta situación ha sido advertida además por el Comité de Derechos del Niño pues en las recomendaciones efectuadas durante el día de discusión general sobre la justicia juvenil (CRC/C/46 & 203/238) ha expresado como preocupación prioritaria referida a nuestro país la escasa utilización de la remisión y la falta de programas de recuperación y reintegración social para los niños.¹³ En las siguientes líneas nos aproximaremos a esta institución y analizaremos sus posibilidades como salida alternativa dentro de la Justicia Restaurativa

3.1. ¿Qué es la Remisión?

La remisión no es otra cosa que “remitir” al adolescente a las instituciones de la comunidad para que éstas brinden una respuesta a la infracción cometida distinta a la sanción penal. En este sentido, funciona dentro de los criterios de oportunidad como alternativa al proceso judicial en sí mismo (mecanismo de diversión, desformalización o desjudicialización) y además como auténtica salida alternativa frente a la respuesta punitiva, que de iniciarse y culminar el proceso judicial probablemente le sería impuesta

3.2. Regulación normativa de la Remisión y su relación con la Normatividad internacional

La Remisión, tiene como efecto la disposición de abstención de ejercitar la acción penal pública, emitida de oficio por el Fiscal al amparo de la atribución conferida en el inciso “b” del artículo 204 y 206 del Código de los Niños y Adolescentes y notificada a los sujetos procesales (adolescente, sus padres, defensa y al agraviado), con la finalidad de que

¹¹ SAN MARTIN CASTRO, César Eugenio, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editora Jurídica Grijley, Segunda Edición, Lima, 2003, p 314-317.

¹² El año 2007, ingresaron a Nivel Nacional 14647 denuncias a nivel nacional y se aplicaron únicamente 376 remisiones (2,6%). Ese mismo año el porcentaje de aplicación de la remisión fue de 128 remisiones de un total de 4734 denuncias recibidas (2,7%). Este año (2009), entre los meses de enero a junio se han recibido en Lima 3534 denuncias habiéndose aplicado hasta la fecha únicamente 39 remisiones (1,1%) Fuente unidad de estadística del Ministerio Público.

¹³ Junto con la poca cobertura de la Justicia Especializada y las malas condiciones de la detención. Un resumen de estas observaciones se pueden encontrar en Justicia para crecer N° 2, Abril-Junio 2006 p 22-23.

no ingrese al Sistema Penal siempre que se encuentre frente a infracciones que no revistan gravedad y se comprometa conjuntamente con sus padres o responsables a seguir programas de orientación supervisados por el MINDES, debiendo el fiscal de ser el caso procurar el resarcimiento del daño causado¹⁴.

Desde esta perspectiva, la remisión regulada en nuestra legislación guarda plena concordancia con el Artículo 40.3.b de la Convención Internacional de los Derechos del Niño el cual señala: que siempre que sea apropiado y deseable deben adoptarse medidas para tratar a niños que han infringido normas penales sin recurrir a procedimientos judiciales. Asimismo, con la Regla 11 de las Reglas Mínimas Uniformes de la Organización de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, la cual inclusive con anterioridad a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, desarrolla la institución de la Remisión como aquella posibilidad de ocuparse de los adolescentes delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, poniéndolos en su lugar a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad, previo consentimiento del menor y de sus padres o tutor, y articulando esta intervención con programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

Las Directrices de Riyadh o Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas, sostienen además que la conducta de los jóvenes que consideramos que no se ajustan a los valores sociales, tienden a desaparecer con el paso del tiempo y con frecuencia se explican en su proceso de maduración, por lo que es importante dar medidas que eviten criminalizar y penalizar al niño cuando éste no ha causado graves perjuicios a su desarrollo ni perjudicado a los demás. Así, desde un enfoque preventivo y basado en el interés superior del niño, propone la creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las diversas necesidades de los jóvenes, mediante una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien. Estas directrices, son muy importantes pues enmarcan la remisión dentro de una política de Estado, la cual debe caracterizarse por una intervención progresiva y descriminalizadora¹⁵.

3.3. Características de la Remisión

¹⁴ El artículo 144 del Código de los niños y Adolescentes señala que le compete al Fiscal conceder la remisión como forma de exclusión del proceso. Nosotros preferimos señalar que es un mecanismo de abstención del ejercicio de la acción penal pues el proceso penal aún no ha empezado y por ello no se podría hablar de exclusión de un proceso que aún no ha comenzado.

¹⁵ Artículos 5, 6 y 58 Las Directrices de Riyadh o Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas.

De acuerdo a las normas glosadas anteriormente, podemos señalar que la Remisión a nivel Fiscal se caracteriza por:

- a) Se trata de una institución propia de la Justicia Penal Juvenil, enmarcada dentro de los criterios de oportunidad reglada, pero con matices distintos a los regulados en la Justicia de Adultos, pues al tener como fundamento el Interés Superior del Niño, no puede tener por finalidad la mera descongestión de la carga procesal.
- b) Se parte del entendimiento que el propio Proceso Penal, debe ser de última ratio (último recurso) pues se reconoce sus efectos criminógenos. Por ello apuesta por la despenalización de comportamientos que no son graves, remitiéndolos para su tratamiento a las instituciones de la comunidad lejos del “etiquetamiento” y “estigmatización”. Incluso propugna la no intervención como respuesta es decir sin envío a programas sociales¹⁶.
- c) Se propugna que los programas comunitarios a los que el adolescente es remitido deben responder a sus necesidades, ser eminentemente educativos y contemplar mecanismos de orientación y supervisión temporal, así como programas de compensación y restitución de las víctimas¹⁷.
- d) La Remisión tiene un rol preventivo, pues no solo forma parte de una política que concibe que la intervención estatal tiene que ser progresiva, sino que también busca atacar las causas y reducir las oportunidades de comisión de nuevos ilícitos (reincidencia)

¹⁶ Lamentablemente este archivo sin respuesta no ha sido recogido en nuestra legislación, como si se encuentra regulado en la Legislación Española que contempla la posibilidad de desistimiento de la incoación del expediente a cargo del Ministerio Fiscal por corrección en el ámbito educativo y familiar (Cfr Artículo 18 de la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores) Frente a esta situación tenemos que apelar a la creatividad a fin de complementar los criterios de oportunidad y no vulnerar la mismo tiempo el principio de proporcionalidad en las respuestas. Una alternativa al respecto sería la aplicación de alguna actividad educativa muy corta. Ejemplo: “Que escriba lo que le ha pasado y la enseñanza que ha obtenido”

¹⁷ Mediante D.S. N° 008-2006 el MIMDES reglamentó el artículo 206 del Código de los Niños y Adolescentes, señalando que los programas de orientación deben estar fundamentados en un diagnóstico de aptitudes que posibilite orientar su perfil ocupacional y organizar un proyecto de vida, a fin de integrarlo a su medio socio-familiar. Mediante la Ejecución de un Plan de intervención en el que se describirán las acciones a seguir, las cuales pueden ser: a) Promoción dirigida a obtener la participación e integración social de los adolescentes. b) Prevención frente a grupos en riesgo (drogadicción y el alcoholismo) c) Educación y cultura de los adolescentes, d) Aprovechamiento del tiempo libre (actividades educativas, de nivelación académica y actividades vocacionales) e) Aprovechamiento de los recursos sociales y comunitarios cercanos al adolescente (actividades lúdicas y desarrollo de habilidades), f) Prevención encaminada a evitar las posibles situaciones de desprotección social de los adolescentes y a eliminar o reducir los factores de riesgo, g) Apoyo familiar tendente a favorecer el mantenimiento de los lazos afectivos y de su entorno social (trabajo con los padres, terapia familiar, orientación y asesoría a través de talleres con la familia)

- e) La decisión sobre la remisión y las actividades que la comprenden deben ser asumidas con absoluta libertad por el adolescente, quien debe expresar su consentimiento. Además pueden ser impugnadas por la víctima y revisadas por una instancia superior, quien también se encontraría en capacidad de pronunciarse por la validez del consentimiento prestado por el adolescente si éste, sus padres o responsables lo cuestionan.¹⁸

3.4. Requisitos para la concesión de la Remisión

La disposición de Remisión Fiscal tiene dos requisitos materiales que aunque no están regulados de modo expreso en nuestra legislación, emergen de su “ratio legis” y de la interpretación sistemática de las normas internacionales glosadas. El primero es que la aplicación de la remisión debe ser respetuosa de la presunción de inocencia. Esto significa que para aplicarla debemos encontrarnos frente a una “causa probable”, es decir tener suficientes elementos que vinculan al adolescente con la comisión del hecho, en caso contrario deberíamos proceder al archivamiento del caso dentro del principio de legalidad y no a la Remisión. El segundo requisito material, es que la decisión que tomemos debe estar sustentada en el análisis riguroso de toda la información de calidad con la que se cuenta sobre las circunstancias personales y sociales del adolescente, fundamentalmente la valoración de su potencial. La opción por la remisión sin este conocimiento previo la convertiría en una decisión de descarga procesal, sin evaluar lo más conveniente para el adolescente, es decir una decisión “a ciegas” destinada en la mayoría de veces al fracaso.¹⁹

Asimismo, conforme a nuestra legislación (Artículo 206 del Código de los Niños y Adolescentes) para concederse la Remisión a nivel fiscal debe cumplirse con dos requisitos legales:

- a) La infracción cometida no debe revestir gravedad.
- b) Compromiso del adolescente y de sus padres o responsables para seguir programas de orientación.

La consideración de la **poca gravedad** en la comisión de la infracción a la Ley Penal, debe ser entendida maximizando sus alcances, con la finalidad de incluir la mayor cantidad de casos dentro de las posibilidades de Remisión. En este sentido, de la interpretación sistemática de los artículos 202 y 201 del Código de los Niños y Adolescentes podemos

¹⁸ El Artículo 205 del Código de los Niños y Adolescentes prevé la posibilidad de apelar la decisión de remisión dentro del término de tres días de notificada la disposición.

¹⁹ En la Segunda Unidad hemos hecho referencia a la necesidad de que algunas instituciones nos ayuden en esta tarea de Diagnóstico, para ello necesitamos básicamente trabajadores sociales y psicólogos, que actuando como equipo nos den su apreciación conjunta. La valoración del mismo debe ser expresada en la disposición de Remisión.

concluir que las infracciones de poca gravedad son todas aquellas que permitirían a la policía hacer la entrega del adolescente a su padres o responsables, previa verificación domiciliaria, es decir aquellas en las que no hay violencia, ni grave amenaza en la comisión de la infracción a la Ley Penal.

De este modo en todos aquellos ilícitos realizados por el concurso de dos o más personas, si sería posible la aplicación de la remisión, pues este hecho si bien sería una agravante en la Justicia Penal de Adultos, en la Justicia Penal Juvenil, no funcionaría como agravante. Por ejemplo el hurto agravado realizado con el concurso de dos o más personas (Artículo 186,6 del Código Penal) debe ser interpretado como un ilícito no grave.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta además, que la actuación en grupo en los adolescentes, nunca debe considerarse una agravante pues tal como lo ha admitido la doctrina comparada es mas bien un dato distintivo y una forma común de comportarse, propia de su edad especialmente vulnerable a la influencia de sus pares.²⁰

Otro aspecto que también merece ser tomado en cuenta al momento de la calificación de un hecho como grave, es el vinculado a la producción del injusto, pues las distintas formas de interacción y valoración de los conflictos por parte de los adolescentes nos obligan a una cuidadosa interpretación de los tipos penales que cometen en cada caso concreto. Por ejemplo, dos adolescentes después de un partido de fútbol, se pelean uno de ellos le quita la pelota y se la lleva, luego de haberle propinado golpes de puño en el rostro. Este hecho puede ser calificado como un caso de Robo Agravado (Artículo 189 del Código Penal) y puede ser visto como un delito absolutamente grave si lo miramos desde el prisma de adultos, pero si lo vemos desde la perspectiva de los dos adolescentes implicados tal vez sea un conflicto menor que podría resolverse con la devolución de la pelota y las disculpas del caso. Por lo que la mirada de los propios adolescentes sobre los conflictos que protagonizan debe ser un elemento a tomarse en serio al momento de calificar un hecho como grave, con la finalidad de no cometer una injusticia.²¹

En este mismo sentido, las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, no pueden ser consideradas automáticamente como un hecho grave, más aún si es que no existe una mínima diferencia de edades que permita prever el aprovechamiento de uno sobre el otro. Por ejemplo, será con toda razón considerada como grave la relación sexual de un adolescente de 15 años con una niña de 8, no así la relación de un adolescente de 15 con su enamorada de 13.

²⁰ Cfr COUSO, Jaime en “Notas para un estudio sobre la especialidad del Derecho Penal y Procesal Penal de adolescentes, el caso de la Ley Chilena” publicado en Justicia y Derechos del Niño N° 10 UDP-UNICEF Santiago de Chile, 2008, p 107.

²¹ Cfr COUSO, Jaime en “Notas para un estudio sobre la especialidad del Derecho Penal y Procesal Penal de adolescentes, el caso de la Ley Chilena” publicado en Justicia y Derechos del Niño N° 10 UDP-UNICEF Santiago de Chile, 2008, p 107

Por ello, cada situación exige una valoración en concreto de la gravedad. Más aún si tenemos en cuenta que si bien mediante el Acuerdo Plenario N° 4 -2008/CJ-116 del 18 de julio del 2008 (Jurisprudencia Vinculante) se ha declarado que están exentos de responsabilidad quienes sostienen relaciones sexuales con personas mayores de catorce.

El problema se presenta cuando dos adolescentes sostienen relaciones sexuales consentidas y uno de ellos es menor de catorce años de edad. Es en estos casos, donde es necesario efectuar una interpretación que garantice la plena vigencia del principio de proporcionalidad e impida la agravación automática de este tipo de comportamientos, que por el contrario merecen un tratamiento legal especial. Para este efecto, consideramos de mucha utilidad los factores complementarios de atenuación esbozados por el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 (Concordancia Jurisprudencial de la Corte Suprema del 16 de noviembre del 2007) tales como:

- a) Que la diferencia de edades no sea excesiva.
- b) Que exista entre el sujeto activo y pasivo un vínculo sentimental,
- c) Sus costumbres y percepción cultural.
- d) La aceptación voluntaria del sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.

Consideramos, que éstos aspectos si bien han sido dejados sin efecto como jurisprudencia vinculante por nuestra Corte Suprema, bien pueden servirnos como criterios interpretativos para determinar la gravedad o no gravedad de las relaciones sexuales consentidas entre un adolescente mayor de catorce años (sujeto activo) con una adolescente de menos edad y de ser el caso atenuar la respuesta, y por qué no hasta aplicar la remisión.

3.5. La Remisión y el resarcimiento del daño causado a la víctima

El resarcimiento del perjuicio ocasionado no es un requisito para la concesión de la Remisión, pues ésta en sí misma no tiene naturaleza resarcitoria, al encontrarse centrada fundamentalmente en las necesidades de orientación educativa del adolescente. Esto no significa que no sea importante, por el contrario, y así lo reconoce la parte final del Artículo 206 del Código de los Niños y Adolescentes, por ello, debe propiciarse el resarcimiento del perjuicio ocasionado durante el seguimiento del programa ya sea llevado a cabo mediante un proceso exitoso de mediación o incluso sin ella como compromiso voluntariamente asumido por el adolescente y su familia.

El problema en realidad se sitúa, en el plano de la ejecución, pues si el compromiso asumido no se cumple, no hay mecanismo legal en nuestra legislación para solicitar su ejecución judicial, pues conforme a ella, para ser exigible judicialmente el acuerdo debe estar formulado siguiendo la modalidad de transacción, con el problema adicional por

tratarse de los actos derivados de la acción efectuada por un adolescente, que ésta debe ser aprobada por el Juez.²²

La situación anteriormente descrita requiere una modificación legal urgente. Sin embargo mientras ésta llega para hacer ejecutables los acuerdos y darles un componente educativo, en su formulación debe preferirse los compromisos sobre actividades reparadoras (prestaciones de hacer e incluso de no hacer), sea en beneficio del propio perjudicado o de la comunidad, en vez de prestaciones de dar, que ante la dependencia económica de los padres, poco efecto educativo tienen.

En todo caso, una vez concedida la remisión el agraviado que pretenda una reparación civil, no tiene otro camino que solicitar la indemnización en sede civil invocando para el efecto el artículo 1975° del Código Civil.²³

3.6. La necesidad de control de los compromisos asumidos en la Remisión

Teniendo en cuenta que pese al incumplimiento del compromiso no existe posibilidad legal de revocar la Remisión una vez concedida, se corre el riesgo de que ésta funcione únicamente como mecanismo de descongestión procesal, pues podríamos contar a nivel de producción fiscal muchas remisiones, pero si analizamos cada una de ellas tal vez veamos mucho fracasos en los mecanismos de acompañamiento. Por esta razón consideramos acertado que mediante una modificación legislativa se permita la suspensión de sus efectos hasta el efectivo cumplimiento de lo asumido en el compromiso. Esta suspensión no debería superar los 3 meses en el caso de las faltas (por el plazo de prescripción de seis meses²⁴) y los 9 meses en el caso de los demás ilícitos (pues al ser el límite máximo fijado como plazo en el principio de oportunidad para los adultos²⁵)

En tanto la modificación legislativa se produce, es necesario hacer que la ley actual sea efectiva. En este orden de ideas tenemos dos caminos o simplemente apostamos por el adolescente y nos concentramos en los recursos comunitarios para hacer que la remisión sea efectiva, sin poder ejercer ningún tipo de control cuando el compromiso asumido no se cumple o interpretamos la norma, entendiendo a la Remisión no como una decisión cuyos

²² Cfr Artículo 14.1 del Nuevo Código Procesal Penal que regula la transacción con los Artículos 448 inciso 3 y el 1307 del Código Civil. La solución estaría en que siempre que se llegue a un acuerdo al haberse efectuado en sede fiscal, no sea necesaria su aprobación judicial y tenga al mismo tiempo valor de título ejecutivo conforme a la regla prevista en el inciso 8 del Artículo 688 del Código Procesal Civil. De este modo, se cerraría definitivamente la discusión sobre la reparación civil, dándose incluso por satisfecha ésta ante el cumplimiento de la actividad reparadora pactada con la víctima, o de lo contrario (si tiene un componente económico) podría ser ejecutado judicialmente.

²³ El Artículo 1975, señala “La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”

²⁴ Artículo 222 del Código de los Niños y Adolescentes.

²⁵ Artículo 2.3 del Nuevo Código Procesal Penal.

efectos se despliegan al margen del cumplimiento de sus fines; sino como un proceso en el cual se encuentra inserto un programa, por lo que sus efectos en cuanto a la extinción de la acción penal, no podrían desplegarse hasta que el adolescente no cumpla con el compromiso asumido al efectuarse su Remisión a los programas de la comunidad. El modo como se haría posible la concesión de la remisión siguiendo esta interpretación sería el siguiente:

1° Cuando se informe al adolescente la posibilidad de la Remisión, éste debe ingresar a una etapa de Diagnóstico ante la institución de la comunidad que desarrollará esta tarea (El diagnóstico debe ser emitido en un plazo razonable, el cual no debe durar más de un mes, incluso en casos complejos)²⁶

2° Una vez recibido el diagnóstico y valorada la propuesta de intervención, con los compromisos respectivos debidamente firmados sobre las actividades a cumplir tanto por el adolescente como por sus padres o responsables, el fiscal emitiría la disposición de Remisión e ingreso al programa de orientación y derivará a la institución referente, indicándose el tiempo de duración, la periodicidad de los informes de avances. Asimismo, controlará su cumplimiento y de ser el caso corregirá las anomalías que ocurran..

Al fijar un periodo de duración del programa debemos valorar la propuesta de intervención, los compromisos asumidos y el plazo de prescripción, procurando que el programa no sea demasiado extenso y que los objetivos trazados no sean demasiado ambiciosos y puedan verificarse de modo concreto. Con un programa demasiado largo, corremos el riesgo de que la decisión final de abstención que implicaría el éxito alcanzado por el adolescente al haber culminado el programa pierda su efecto educativo, frente a la vida del adolescente que tal vez “ya está en otra cosa”. En este sentido, nada obsta a que se pueda tener la flexibilidad necesaria para que se pueda modificar la actividad educativa adecuándola a las necesidades concretas del adolescente e incluso de ser el caso, procederse al archivo de los actuados pese al incumplimiento cuando éste no sea imputable al adolescente y su cumplimiento ya no tenga efecto educativo alguno.

3° Una vez finalizado el programa debe emitirse la disposición de Abstención y archivo de los actuados. El adolescente puede continuar si lo desea desarrollando actividades adicionales incluso en la misma institución, pero éstas serán un plus voluntario y adicional. La Institución debe procurar derivarlo a otros servicios normalizados (generales) que promuevan sus derechos y le permitan el buen uso de su tiempo libre.

3.7. Algunas ideas fuerza a modo de conclusión sobre la Remisión a Nivel Fiscal

Hemos profundizado en los alcances que tiene la Remisión. Consideramos oportuno remarcar algunas ideas que consideramos centrales al momento de aplicarla:

²⁶ El Convenio entre el Ministerio Público y Tierra de Hombres establece como plazo 22 días.

- En todos los ilícitos donde se aplica en la Justicia Penal de adultos, el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, es posible aplicar la abstención por Remisión en la justicia Penal Juvenil. Además, también se puede aplicar en todos los ilícitos donde no haya violencia o grave amenaza a la persona. Para este efecto debemos utilizar los criterios de valoración de la gravedad anteriormente abordados, con la finalidad de maximizar los supuestos de aplicación.
- En el caso de penal natural, al ser este supuesto el único que no se encuentra regulado dentro del ámbito de la remisión conviene efectuar una aplicación supletoria del principio de oportunidad, con la finalidad de aplicar en este caso un mecanismo de desjudicialización sin necesidad de remisión.
- En las infracciones de bagatela, en las que la propia familia y demás instituciones han efectuado una respuesta satisfactoria, al no establecerse en la legislación la posibilidad de archivo o abstención sin remisión, debe aplicarse, alguna actividad educativa muy corta. Ejemplo: “Que escriba lo que le ha pasado y la enseñanza que ha obtenido”
- Solo puede aplicarse la Remisión cuando existe “causa probable”, cuando ésta no existe se debe proceder al archivo dentro del propio principio de legalidad, pues debe respetarse estrictamente el principio de presunción de inocencia. Por esta misma razón, si la Remisión fracasa, no puede emplearse las declaraciones que el adolescente haya brindado en el marco del programa para sostener su responsabilidad, por lo que tendrá que retomarse la investigación en el estado en el que se quedó.
- Para la abstención de la acción penal y archivo, debe haberse cumplido con el programa de orientación. El programa debe ser efectivamente realizado y alcanzado sus objetivos, salvo como se ha señalado, éstos no puedan ser cumplidos debido a causas no imputables al adolescente y su búsqueda tardía ya no tenga efecto educativo alguno.
- No es necesario el resarcimiento para la concesión de la Remisión pero durante el desarrollo del programa de orientación debe procurarse la mediación y la reparación del daño, así como propiciarse la realización de actos reparadores en beneficio de la víctima o de la propia comunidad.(las actividades reparadoras en la remisión priorizan el hacer y no hacer, sobre el dar)

3.8. La Remisión como herramienta de la Justicia Restaurativa

No podemos afirmar que somos operadores dentro de la Doctrina de la Protección Integral, con niveles tan bajos de aplicación de la Remisión. Tenemos que usarla más y hacer que funcione en nuestra propia comunidad como la principal herramienta de la Justicia Restaurativa.

La remisión no es impunidad, y el adolescente lo tiene que entender en la práctica, por ello debemos asegurarnos que los programas en los que sean insertados sean cumplidos. La única forma de lograrlo es demostrando con hechos nuestra implicación como parte de nuestro ejercicio profesional y trabajando con una estrategia de RED en nuestra comunidad.

En este sentido, cuando estamos frente a un adolescente al que anteriormente le hemos concedido la Remisión, antes de prejuzgar su reincidencia, preguntémonos ¿Qué, de modo concreto hemos hecho por él para acompañarlo en esa oportunidad?, luego analicemos cuidadosamente la “información de calidad” con la que contamos y valoremos su potencial, que de hecho tiene.

En esta tarea seamos especialmente cuidadosos, con la valoración de su medio familiar. Es verdad que la familia condiciona muchas cosas, pero no determina, pues aún en medio de la adversidad un ser humano puede mejorar y hasta cambiar. Claro que debemos ser concientes que todo cambio al ser un proceso lleva tiempo, y requiere además de la colaboración de la comunidad a través de actores sociales concretos, quienes deben ayudarlo psicológicamente y socialmente tanto a él como a su familia, para de este modo mejorar su dinámica familiar modificar sus patrones de comportamiento y la forma en que resuelven sus conflictos.

Después de hacerlo, démonos nosotros y la comunidad una oportunidad más y dispongamos nuevamente su remisión, afinando los errores que cometimos en la anterior oportunidad en el programa de orientación y en los mecanismos de seguimiento.

Ahora si pensamos que un adolescente no tiene solución y no puede cambiar tal vez debemos tomar la decisión de cambiar nosotros, de especialidad por ejemplo.

4. El archivo por perdón del agraviado

La Mediación es una herramienta valiosa y efectiva dentro de la Justicia Penal Juvenil. En nuestro país no la tenemos regulada con ese nombre, pero el artículo 206 A, introducido por el Decreto Legislativo 990, señala que el Fiscal podrá disponer el archivamiento de los actuados si considera que la infracción a la Ley Penal no reviste gravedad y el adolescente hubiese obtenido el perdón del agraviado por habersele resarcido el daño. ¿Será un mecanismo de mediación penal el archivo por perdón del agraviado?

4.1. ¿Qué es el archivo por perdón del agraviado?

Líneas arriba analizamos la Remisión como salida alternativa y herramienta de la Justicia Restaurativa. El archivo por perdón del agraviado, es otra salida alternativa, que tiene la misma finalidad de abstención del ejercicio de la acción penal y bien aplicada puede convertirse en una herramienta útil de la Justicia Restaurativa, porque introduce un

elemento adicional de mucha importancia como condición de la abstención: La reparación de la víctima y su satisfacción con ésta reparación.

Este aspecto nos parece de particular importancia, pues articula el interés del niño con los intereses legítimos de la sociedad, mediante el empleo de la reparación, la cual al mismo tiempo que es una respuesta acorde a su sentido de dignidad, fortalece el respeto que debe tener por los derechos de los demás y lo ayuda a asumir un rol constructivo en la comunidad de la que es parte²⁷.

4.2. Elementos o requisitos legales del Archivo por perdón del agraviado

El archivo por perdón del agraviado comparte con la remisión los requisitos materiales de a) Existencia de causa probable y b) Análisis y valoración de su potencial. Asimismo, contempla los siguientes requisitos legales:

- Infracción que no revista gravedad.-

En la valoración de la gravedad son aplicables las mismas consideraciones que hemos efectuado al referirnos a la remisión.

- El adolescente debe haber resarcido el daño.-

El resarcimiento conforme señala la Doctrina, encierra tanto la restitución como la indemnización²⁸, estos elementos son también comprendidos dentro del concepto de reparación por el Artículo 93° de nuestro Código Penal. Siendo así, debemos entender que tanto el resarcimiento como la Reparación Civil significan para efectos prácticos, la misma cosa.

Ahora bien, la redacción del artículo 206-A, in fine “...habérsele resarcido el daño”, no es del todo feliz, pues implica que la reparación que debe efectuar el adolescente extingue al mismo tiempo tanto la pretensión punitiva (objeto de la acción penal) como la pretensión respecto de la reparación civil. Este es un error pues confunde la “reparación penal” que se utiliza en el derecho comparado para evitar el inicio de la acción penal, con la “reparación civil”, que surge como consecuencia de la responsabilidad extracontractual por el ilícito cometido,

Veamos un ejemplo: Un adolescente manejando un motocar comete un ilícito culposo causando lesiones a una señora. Luego de un procedimiento de mediación el adolescente se disculpa por lo ocurrido, la señora acepta las disculpas y manifiesta su deseo que no continuar con el proceso penal. Sin embargo señala pese a encontrarse totalmente recuperada se las lesiones que sufrió, solicita para el archivo, la suma de quince mil nuevos soles que el adolescente y su familia no están en condiciones de asumir de modo inmediato. En este caso no se podría producir el archivo por perdón del agraviado, pues es

²⁷ Ver al respecto el Artículo 40,1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

²⁸ NUÑEZ, Ricardo, citado por RODRIGUEZ DELGADO, Julio, en “La Reparación como Sanción Jurídico Penal” Editorial San Marcos, Primera Edición, Lima, 1999, p 137.

requisito de nuestra legislación que este se produzca por el resarcimiento del daño causado. En este caso, el operador entendiendo que el proceso penal es más perjudicial para el adolescente tendría que optar por la Remisión.

Este es el riesgo de esta institución que puede “monetarizar” el acuerdo, haciendo que las personas que tienen dinero simplemente paguen por su impunidad, dejando cualquier efecto educativo del cumplimiento del compromiso, pues teniendo en cuenta la limitada capacidad económica de los adolescentes el cumplimiento del compromiso en la mayoría de los casos no dependerá de él.

Por esta razón, el fiscal debe preocuparse que en el compromiso, sea el adolescente quien asuma pues de lo que se trata es que él sea capaz de afrontar su responsabilidad. Para ello debe procurar que el acto reparador, dependa de sí mismo y no de la economía de sus padres, y que sean las acciones positivas que él realice las que den lugar a la abstención del ejercicio de la acción penal.

- El agraviado debe haber otorgado su perdón.-

Debemos interpretar el “perdón” del agraviado no en su literalidad, sino como satisfacción moral y material. Moral en tanto implica la satisfacción psicológica de recibir las disculpas del caso por lo que sucedió de parte de un adolescente que asume libremente su responsabilidad y manifiesta su arrepentimiento, y material porque las simples disculpas pueden no ser ni suficientes ni adecuadas; pues hace falta que el adolescente efectivamente repare el perjuicio ocasionado, cumpliendo lo que se comprometió con la víctima.

En este aspecto, debe darse particular importancia a la realización de trabajos en beneficio de la víctima, perjudicado o la comunidad o en su defecto la realización de acciones (actividades) adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo resultado beneficie indirectamente a la comunidad.

4.3. ¿Estamos hablando de mediación?

Un compromiso asumido libremente por el adolescente, tomando en cuenta los intereses del agraviado, no es otra cosa que un proceso de mediación, el cual puede ser llevado a cabo en forma directa por el Fiscal o delegando a la Unidad de Atención a Víctimas o a una institución social que lo lleve adelante. Primero debe tomarse contacto con el adolescente, explicarle las posibilidades y pedirle su conformidad con participar de un procedimiento de mediación. En segundo lugar, se tomará contacto con la víctima a quien se le preguntará sobre su conformidad o disconformidad de participar en un proceso de mediación. Si la víctima es menor de edad tendría que recabarse la autorización de sus representantes legales y cumplirse las formalidades que exige nuestra legislación para que un acuerdo efectuado en nombre de los hijos tenga valor.

Luego de preparado el camino por separado, recién se citará al encuentro en el que se concretarán los acuerdos o el compromiso sobre la reparación. Sin embargo, al no estar regulado en la norma, nada obsta a que la reparación se acuerde sin necesidad de reunión cara a cara, sino utilizado cualquier medio que posibilite dejar constancia del acto (mediación indirecta). Asimismo, nada impide que con la participación del agraviado se pacte la realización de un acto reparador indirecto es decir en beneficio de la comunidad y no del directamente perjudicado y que dicho acto no consista únicamente en una prestación de dar; sino de hacer, lo cual es preferible por su efecto educativo.²⁹

Para producirse la abstención fiscal o archivo, debe haberse cumplido el compromiso pactado, entendiéndose por resarcido el daño. Esto supone la intervención de los tres actores de la Justicia Restaurativa: Adolescente (asumiendo su responsabilidad), víctima (siendo satisfecha en su interés por la reparación efectuada por el adolescente) y comunidad (acogiendo en su seno reintegrando al adolescente y la víctima, una vez superado el conflicto y reparado el perjuicio).

4.4. ¿Puede ser suficiente para el archivo que el agraviado acepte las disculpas?

La institución del “archivo por perdón del agraviado” no sólo apunta a la satisfacción psicológica o moral; sino también a la satisfacción material. Sin embargo, conforme expusimos anteriormente, considerando que en muchos caso la no respuesta puede ser en realidad la mejor respuesta, creemos que pueden ser suficientes y adecuadas las disculpas aceptadas por el agraviado en aquellas situaciones en las que el fiscal llegue a la conclusión que una respuesta mayor sería incluso hasta contraproducente y negativa para el propio adolescente quien ha dado muestras objetivas de su arrepentimiento (comportamiento), que nos lleva a la convicción que no hay ya más que reparar. Por ejemplo en el caso que señalamos donde dos amigos luego de jugar pelota tienen un altercado y uno de ellos le propina golpes de puño en el rostro y se lleva su pelota. Luego el amigo le devuelve la pelota, el acepta las disculpas y continúan con su amistad ¿Debe el Estado intervenir más? Asimismo, creemos que también pueden ser suficientes las disculpas de un adolescente arrepentido, aceptadas por el agraviado en aquellas situaciones donde tanto el sistema educativo como la familia han dado una respuesta suficiente y efectiva al hecho, que ni el propio agraviado considera que debe aplicarse una respuesta adicional a las disculpas que acepta.

Por el contrario, creemos que no serán suficientes las disculpas. Por ejemplo Si al producirse la detención de un adolescente por tentativa de hurto de un celular, el adolescente devuelve el celular y el agraviado al recuperarlo acepta las disculpas porque no le interesa seguir adelante un proceso judicial. En este caso, no debemos utilizar la vía

²⁹ En el compromiso debe haber creatividad dentro de los límites de la legalidad, respeto de los derechos de ambas partes y del principio de dignidad.

del “archivo por perdón del agraviado” pues hacerlo implicaría usarla únicamente como mecanismo de descongestión procesal y no como herramienta de la justicia restaurativa, pues esta solución en nada beneficiaría al adolescente ni a la comunidad. En este caso sería mucho más conveniente la utilización de la Remisión y el cumplimiento de un programa educativo que beneficie al adolescente.

4.5. ¿Cuáles son los criterios que tiene que tomar en cuenta el fiscal para decidir por la remisión o por el archivo por el perdón del ofendido?

Al no haber diferencia normativa entre los tipos penales en los que opera el perdón del agraviado o la remisión. La elección entre una salida u otra dependerá del Fiscal en cada caso concreto. Para este efecto buscará el equilibrio entre el interés del adolescente y los intereses de la sociedad, representados en esa víctima concreta. Lo que no puede hacer es utilizar las salidas alternativas como simples mecanismos de descarga procesal.

Ahora bien, apreciando, el archivo por perdón del agraviado con prudente optimismo, podríamos decir que se ha incluido la mediación en la Justicia Penal Juvenil, teniendo la posibilidad el adolescente y el agraviado de verse cara a cara, buscando una solución al conflicto generado por la comisión del ilícito penal.

El reto es lograr en este camino el equilibrio necesario entre el componente educativo a favor de un adolescente que se le excluye del proceso penal para no estigmatizarlo, con la búsqueda de la satisfacción de la víctima, donde como hemos advertido el peligro mayor es que este mecanismo se convierta en un asunto exclusivamente económico donde el que tiene más comprende su impunidad y el que no tiene nada, no logre la reparación ni la reconciliación con el agraviado y con la sociedad. Cobra en este sentido gran relevancia la responsabilidad de los fiscales que deberán buscar otros mecanismos de compensación y restauración del daño distintos al pecuniario, a fin de lograr este restablecimiento de la paz social entre el agraviado, la comunidad y el adolescente, como por ejemplo la realización de prestaciones de hacer o actos reparadores.

Ahora bien, hay muchas situaciones en las que no se podrá llevar adelante un acuerdo con la víctima. Manzanares³⁰ nos da algunos ejemplos:

- En los delitos de peligro abstracto donde no existe víctima propiamente dicha.
- En los casos en los que la víctima no ha podido ser identificada o hallada.
- Cuando la propia víctima no quiera participar, por falta de interés, por evitarse molestias, por sentimientos de venganza, por preferir el proceso judicial o por temor a ser revictimizada.

³⁰ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal”, Editorial Comares, Granada 2007, p 151

En estos casos, así como cuando la negativa del agraviado para aceptar la reparación dialogada con el adolescente no sea razonable y se pueda evitar los efectos negativos de su ingreso en el sistema penal el Fiscal debe recurrir a los programas de orientación propios de la institución de la Remisión.

5. La Remisión en sede Judicial como herramienta de la Justicia Restaurativa

5.1. Punto de partida: El adolescente como prioridad

Un hecho ilícito tiene como consecuencia un perjuicio a una persona determinada, pero la respuesta estatal en la Justicia Penal Juvenil, no puede pasar por alto la situación en la que se encuentra quien también es víctima de sus propios actos (el adolescente), quien no debemos olvidar es producto de una comunidad que algo tiene que hacer por él. Por esta razón es fundamental efectuar siempre una ponderación y tomar una decisión que sea educativa para el propio infractor y le de una repuesta actual a su vida, este es el caso de la Remisión a nivel Judicial.

5.2. La Remisión Judicial y la Remisión Fiscal

La Remisión Fiscal y la Remisión Judicial comparten el mismo fundamento: La consideración que el proceso judicial no es bueno para el adolescente, por ello a nivel fiscal se evita que empiece y a nivel judicial se procede a su culminación inmediata o separación³¹.

Sin embargo, la Remisión Judicial a diferencia de la Remisión Fiscal, no es en realidad una salida alternativa, pues a nivel judicial al adolescente que es separado del proceso por Remisión igual se le aplica la medida socioeducativa que corresponda, con excepción de la internación. (Artículo 226 del Código de los Niños y Adolescentes)

Pese a esta situación, adecuadamente aplicada, la Remisión puede ser una herramienta valiosa de la Justicia Restaurativa pues además de eliminar los efectos negativos y estigmatizantes que implicarían para el adolescente terminar con una sentencia que declare su responsabilidad penal, favorece su proceso de responsabilización durante la ejecución de la medida socioeducativa en libertad.

5.3. Función Judicial correctiva y Remisión

Hemos señalado que hay casos que no deben ingresar al Sistema Penal, los cuales deben ser filtrados por los fiscales en la Gestión de las denuncias a su cargo, utilizando para el efecto las salidas alternativas, las cuales deben ser decididas tempranamente. Así por ejemplo las faltas deberían ser resueltas extrajudicialmente sin necesidad de ingresar al Sistema Penal. Sin embargo, cuando esos casos no han sido separados por el Ministerio Público y por el contrario han ingresado al Sistema Penal, los Jueces, y si a ellos también se les pasó, la Sala tienen en la Remisión la posibilidad de ejercer una función correctiva,

³¹ En este sentido es también una concreción del Interés Superior del Niño consagrado en el Artículo 3 de la Convención, recogida en nuestra legislación en el Artículo IX del Título Preliminar.

separando al adolescente del proceso sin que esta separación implique impunidad, por ello tienen como posibilidad la aplicación de todas las medidas socioeducativas. Habrán casos donde la amonestación será suficiente respuesta y el caso debe ser archivado en el acto (recordemos aquellos donde la no intervención hubiese sido la mejor respuesta). Mientras que habrán otros que ameritarán una medida socioeducativa distinta sea de acompañamiento en libertad o de prestación de servicios a la comunidad.

¿Cómo sabrá cual es la medida más conveniente? Para eso tiene que trabajar con el Equipo Multidisciplinario, quien tendrá como misión ayudarlo para que la respuesta que de sea proporcionada al hecho y adecuada a las circunstancias personales del adolescente. Es decir que le de una respuesta actual a su “circunstancia”.

5.4. La Remisión y el Consentimiento informado para la concesión de la Remisión

El derecho a participar tiene relación importante con el derecho a ser oído, es decir a la expresión libre de sus pensamientos. Como derecho humano específico y como principio rector de la Convención de los Derechos del Niño, se encuentra regulado en el Art. 12 y es de vital importancia al determinar la observancia o no del debido proceso (derecho de defensa material) en la Justicia Penal Juvenil.³² Escuchar la opinión del adolescente en el Proceso Judicial reconoce su capacidad de enriquecer el proceso de toma de decisiones, implica por ello tratarlo como sujeto de derechos, como ciudadano como una persona con identidad propia cuya opinión nos importa al momento de tomar una decisión.

Nuestra legislación exige como regla que en todos los asuntos que le afectan el niño o adolescente deben ser escuchada su opinión y tomarse en cuenta en función de su edad y madurez (Artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes) Esto significa que su opinión es un ingrediente en la determinación de su interés, expresado en la decisión judicial, lo que en términos prácticos implica que es una exigencia contenida en el debido proceso por la cual el juez debe dar razones por las cuales se decide en contra de lo que el mismo quiere.

En el caso de la Remisión su opinión no sólo debe ser tomada en cuenta; sino que es determinante, lo que no es otra cosa que un consentimiento informado³³. Nos encontramos aquí, ante el momento más elevado en la determinación de su interés, pues el adolescente no sólo nos da su opinión, sino que se hace cargo de sí mismo porque luego de haber

³² El artículo 12 de la Convención señala: 1). Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2) Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

³³ Artículo 227.- Consentimiento.-Las actividades que realice el adolescente como consecuencia de la Remisión del proceso deberán contar con su consentimiento, el de sus padres o responsables y deberán estar de acuerdo con su edad, su desarrollo y sus potencialidades.

comprendido y razonamiento sobre su situación, toma una decisión basada en la plena información y en el conocimiento de los riesgos.³⁴

Es por ello, que para obtener el consentimiento del que nos habla nuestra norma legal es preciso previamente explicarle las opciones que tiene en el proceso y las consecuencias de asumir libremente éstas opciones. Luego, recién debemos recibir su opinión libre, es decir sin presionarlo ni manipularlo. Lo que implica un diálogo e intercambio de puntos de vista dirigido por el Juez en forma activa pero tolerante y democrática.

5.5. Los efectos educativos de la Remisión Judicial

La concesión de la remisión tiene como efectos la separación del proceso judicial sin declaración de responsabilidad, por lo que no obstante aplicarse medida socioeducativa esta no será inscrita en el Registro del Adolescente Infractor como efectos (Artículo 224 concordado con el Artículo 159 del Código de los Niños y Adolescentes) Sin embargo el efecto más importante no se encuentra en el ámbito procesal; sino en el ámbito educativo, el cual comienza con la determinación dialogada de la medida socioeducativa que le será aplicada y continúa con su ejecución.

Por esta razón consideramos que la Remisión cumple plenamente los objetivos de la Justicia Restaurativa pues con su aplicación, el adolescente asume las consecuencias de sus actos, internaliza los valores afectados (toma de conciencia) e incluso hace algo concreto para cambiar o reparar lo dañado.

5.6. La remisión judicial debe dar respuestas concretas, a personas concretas

Una educadora del proyecto juvenil de Justicia Restaurativa de Tierra de Hombres me expuso su desconcierto ante la respuesta de un Juez frente a la infracción a la ley penal cometida por cuatro adolescentes en su colegio: Dos de ellos habían sacado las cosas (hurto agravado) y los otros dos luego de que el hurto ya se había producido fueron convencidos por sus amigos para guardar lo hurtado hasta la salida (receptación) Tres de ellos aceptaron y uno negó los cargos, en versión corroborada por los demás, sostuvo que sólo tuvo conocimiento de que su amigo tenía las cosas hurtadas,. Sin duda no tenían el mismo nivel de responsabilidad. Sin embargo, el Juez pese a que se solicitó la absolución para quien no tenía responsabilidad y la Remisión para tres de ellos, diferenciando cada caso concreto conforme a las circunstancias de los hechos, así como a sus características personales, les terminó aplicando a los 4 la misma medida socioeducativa (tres meses de libertad asistida)

Pienso, que con esta decisión aplicó la Remisión pero como simple herramienta de descongestión procesal y no como herramienta de la Justicia Restaurativa.

³⁴GROSMAN, Cecilia Los Derechos del Niño en la Familia, Discurso y Realidad, 1998, en la Convención sobre los Derechos del Niño” Rubinzal, Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p 63.

Para aplicar adecuadamente la Remisión, esta debe ser oportuna en el tiempo (para mantener su efecto educativo), debe también ser adecuada a las circunstancias de cada adolescente y proporcional en cuanto a su duración. Para ello es necesario conocer y aplicar los presupuestos que tiene su concesión.

5.7. Los presupuestos para la aplicación de la remisión judicial

Para la aplicación de la Remisión desde un punto de vista material debe haber como lo hemos señalado anteriormente “causa probable”, junto a este presupuesto implícito se encuentran los demás requisitos normativos tales como la escasa gravedad, sobre la cual ya hemos abundado anteriormente, junto con la verificación de los antecedentes del adolescente y su medio familiar.

Es de destacar que a diferencia de la Remisión en sede Fiscal, donde no se mencionada nada sobre los “antecedentes”. Aquí si hay una referencia explícita. Sin duda que se refiere a las inscripciones de medidas socioeducativas que tiene consignadas en el Registro del Adolescente Infractor (Artículo 159 del Código de los Niños y Adolescentes), por lo que no podemos contar como antecedentes la aplicación fallida de anteriores remisiones, pues éstas no generan “antecedentes” conforme lo prescribe la parte final del Artículo 224 del Código de los Niños y Adolescentes,

En cuanto al ambiente familiar, creemos que éste debe ser valorado con sumo cuidado pues, se debe ponderar fundamentalmente las potencialidades del adolescente y la posibilidad de intervenir en la familia respetando su identidad pero mejorando su dinámica, mejorándola a ella junto con él. Así, Las dificultades familiares deben ser un reto y no un obstáculo para la concesión de la remisión a un adolescente.

En síntesis, entendemos por antecedentes y medio familiar, más que una revisión a si anteriormente ha tenido denuncias, al trabajo riguroso que tiene que hacer el Equipo Multidisciplinario con el que cuenta el Juez para analizar el potencial del adolescente, su aficiones y sus intereses que servirán de base para la generación de una propuesta de medida socioeducativa, sobre la cuál será el propio adolescente quien tenga que prestar su “consentimiento informado” al que nos hemos referido anteriormente..

La Remisión Judicial como herramienta de la Justicia Restaurativa debe respetar escrupulosamente los derechos del adolescente (presunción de inocencia y derecho a la no auto-incriminación) Al mismo tiempo debe convertirse en un espacio pedagógico y educativo para el adolescente, en el que se propicie una solución dialogada al conflicto,

6. Reflexión Final: La importancia del control de las decisiones dentro del Modelo de Justicia Restaurativa

Sin el control adecuado de las decisiones que hemos analizado y que pueden adoptar jueces y fiscales dentro de la Justicia Restaurativa, no se logrará jamás que el adolescente asuma una función constructiva en la sociedad”³⁵. Es preciso por ello, verificar el cumplimiento, no únicamente en el plano formal (plazo) sino en el ámbito material (efectos, positivos, resultados verificables), toda vez que la reintegración social sólo se alcanza por medio del mejoramiento y desarrollo de las capacidades de adecuación y convivencia del adolescente tanto dentro de su familia, como en su entorno social³⁶(cambio de actitudes), y del aprovisionamiento de conocimientos y competencias como herramientas básicas para el desarrollo personal.³⁷

La ejecución de las medidas por lo tanto tiene un componente educativo ineludible el cual, no depende de la medida formalmente aplicada, sino de la oportunidad que el Estado no desaproveche para brindar al adolescente que ha infringido el sistema todo lo que era su deber y no le ha dado aún. La ejecución de la medida es entonces un derecho del adolescente y un deber del Estado, sin el seguimiento de la misma, las medidas alternativas se convierten en mero simbolismo, efectividad práctica ni sentido.

Para este efecto, el equipo multidisciplinario o quien haga sus veces debe, diseñar un plan individual para ser aplicado en la ejecución de la medida. Este plan no debe ser un secreto, sino por el contrario encontrarse en el expediente para el seguimiento por parte del juzgado. Asimismo, nada obsta a que como todo plan, reciba de parte del Equipo técnico los ajustes y las modificaciones que las necesidades del adolescente han generado.

Una vez establecido el plan, corresponde desarrollarlo. Esta tarea debe recaer en los actores sociales comprometidos. De su correcto funcionamiento y del personal calificado con el que cuenten (área social, pedagógica y psicológica)³⁸, dependerá mucho la inserción de la propia familia del adolescente en su proceso de reinserción y superación personal.

La parte crucial de la Justicia Penal Juvenil es sin duda la ejecución de las decisiones, si ella fracasa todo el sistema de control social formal fracasa, configurándose un Derecho Penal simbólico, sin utilidad, ni para la sociedad, ni para la víctima ni para el adolescente.

³⁵ CIDN Art. 40.1 infine

³⁶ Cfr. Art 629 Ley Venezolana..

³⁷ Nos referimos a las competencias, como elementos centrales de la educación por ser una mezcla de teoría y práctica, a diferencias de los conocimientos que son básicamente teóricos y no tienen una aplicación práctica de inmediata verificación. Así, son competencias, el saber reparar el motor de una licuadora, conocer a nivel de usuario el funcionamiento de programas de computación, dominar un idioma, saber leer, mejorar la comprensión de la lectura, etc. Las medidas socio-educativas tienen como principal fin no sólo rehabilitar como señala nuestro Código de los Niños y Adolescentes en su Art. 229; sino, reintegrar y ello sólo se consigue desarrollando competencias.

³⁸ Los Educadores Sociales deben ser seleccionados mediante el uso de criterios tales como capacidad de autocontrol, equilibrio emocional, capacitación en derechos humanos, etc.

**UNIDAD IV: LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU APLICACIÓN
EN EL PERÚ**

Rodríguez Chávez, Reyler. Alcances del programa de
prevención “Justicia, Paz y Seguridad”.

Alcances del programa de prevención “Justicia, Paz y Seguridad”

Reyler Rodríguez Chávez ¹

“Hacia un cambio positivo de la justicia tradicional, con el impulso y puesta en práctica de los fundamentos de la Justicia Restaurativa”²

SUMARIO

1. ORIGEN DEL PROGRAMA.- 2. EL PROGRAMA COMO REGLA DE CONDUCTA EN SENTENCIAS CON RESERVA DE FALLO CONDENATORIO.- 3. OBJETIVOS DEL PROGRAMA.- 3.1 Objetivo General, 3.2. Objetivos Específicos.- 4. ESTRUCTURA DEL PROGRAMA.- 4.1 Proceso restaurativo para la falta de lesiones dolosas, 4.1.1 *Etapas de capacitación*, 4.1.2. *Etapas de sensibilización*, 4.2.3 *Etapas del perdón*.- 4.2 Proceso restaurativo para la falta de hurto simple.- 4.2.1. *Etapas de capacitación*, 4.2.2. *Etapas de reflexión*, 4.2.3 *Etapas de autoayuda y prevención colectiva*, 5. BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA, 5.1 Beneficiarios directos, 5.1.1 *Infractores*, 5.1.2. *Víctimas*. 5.2. Beneficiarios indirectos.- 6. NATURALEZA INNOVATIVA DEL PROGRAMA.- 7. LUGAR DONDE HA EJECUTADO EL PROGRAMA. 8.- INSTITUCIONES PARTICIPANTES Y EL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO.- 9. MONITOREO DE RESULTADOS Y LOGROS ALCANZADOS.- 10. BAJO COSTO Y GRANDES BENEFICIOS DEL PROGRAMA.- 11. IMPLEMENTACION Y DIFUSION.-

RESUMEN

El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad” permite reforzar el sistema judicial que ha culminado con una sentencia con reserva de fallo condenatorio, mediante charlas, talleres y terapias que permiten educar y sensibilizar al sentenciado, con el objetivo de que éste tome conciencia de su infracción y repare los daños causados a la víctima, quien también es invitada a participar. La finalidad es además, detener la comisión de nuevas faltas, prevenir su comisión y evitar en el futuro la comisión de delitos más graves. En estas sentencias se dispone como regla de conducta, el deber del sentenciado de participar del programa. El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad” busca convertir al sentenciado en el actor principal de un cambio positivo, para que sea el propio sentenciado quien difunda el mensaje y la conversión a su entorno familiar y social. Se incide en reparar los daños ocasionados con la colaboración del responsable, concientizándolo de que no solo es el causante del problema, sino principalmente, que es la pieza clave de la solución.

¹ Magister en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de la Academia de la Magistratura. Juez Titular del Juzgado de Paz Letrado Especializado en Tránsito y Seguridad Vial de Lima Norte.

² El autor, diseñó y aplicó el Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”, cuando desempeñaba funciones como Juez Titular del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, durante el periodo julio/2011 a marzo/2014. Actualmente desempeña funciones como Juez Titular del Juzgado de Paz Letrado de Tránsito y Seguridad Vial de Lima Norte, donde viene aplicando el Programa de Prevención de Accidentes de Tránsito “Vidas, Salvando Vidas”.

1. ORIGEN DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, nace como una alternativa del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Sede Comisaría, Turno B, para reforzar la prevención y hacer frente el incremento constante de faltas -lesiones dolosas y hurto principalmente- en el Distrito de Independencia³. Pues se pudo constatar que ambas faltas, desde el año 2010 representaban más del 88% del total de procesos judiciales por falta que se tramitan en este órgano jurisdiccional, existiendo en cada año un índice de permanencia constante de más del 62% en la falta de lesiones dolosas, y un índice de crecimiento de más del 30% por año, en caso de la falta de hurto simple.

Esta realidad nos permitió concluir que el marco regulatorio de las faltas no es eficiente para reparar los daños a la víctima, evitar la comisión de faltas y detener su incremento. Tampoco es eficiente para impedir la reincidencia o la comisión de hechos más graves como delitos o crímenes. Frente a ello, se consideró necesario innovar un programa, enfatizando en la prevención y la Justicia Restaurativa.

La esencia del *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"* radica en considerar que no solo se debe buscar la aplicación de una sanción al responsable y abandonarlo a su suerte, como ocurre actualmente, sino que se debe buscar la verdadera recomposición del conflicto generado por la comisión de la falta, concientizando y sensibilizando al infractor, y brindando tutela oportuna y garantizando la reparación de los daños a la víctima. El Programa brinda atención al infractor, a quien se brinda educación, sensibilización y una nueva mentalidad para motivar un cambio de actitud positiva, emprendimiento, respeto a los derechos y deberes, impulsando así su bienestar personal y familiar.

El concepto del *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"* es que una persona enferma (víctima e infractor) no puede ser privada de atención, pues ello agravaría su condición. Se debe dotarla de una vacuna, antídoto o esperanza; esto es, el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*. A partir de allí se busca garantizar los derechos de la víctima a ser efectiva y oportunamente reparada por los daños sufridos.

2. EL PROGRAMA COMO REGLA DE CONDUCTA EN SENTENCIAS CON RESERVA DE FALLO CONDENATORIO

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"* es incorporado como regla de conducta en las sentencias con reserva de fallo condenatorio, que han sido

³ El Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante Resolución N° 026-2014-CE-PJ, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, fue convertido a partir del 01 de marzo del 2014, en Juzgado de Paz Letrado de Tránsito y Seguridad Vial del mismo Distrito Judicial.

dictadas en un proceso de faltas. De esta manera, el Programa permite la inédita concatenación del proceso judicial de faltas seguido bajo los cánones del sistema retributivo, con un proceso de naturaleza restaurativa. De este modo, los resultados logrados en el primer proceso son reforzados con los preceptos de la Justicia Restaurativa.

El artículo 62° del Código Penal permite al Juez que, no obstante habiéndose acreditado la responsabilidad penal del infractor, pueda reservar el fallo condenatorio durante un periodo de prueba determinado, cuando apreciando las circunstancias individuales del infractor al momento de la expedición de la sentencia, se pueda pronosticar motivadamente que no cometerá una nueva falta. Este dispositivo establece tres casos en los que se aplica la reserva de fallo condenatorio:

- a) Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;
- b) Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;
- c) Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de rehabilitación.

Mediante la reserva de fallo condenatorio el Juez se abstiene de dictar la parte resolutive de la sentencia, aplicando en su lugar medidas alternativas y menos gravosas para el infractor, como las reglas de conducta.

El artículo 64° del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076, establece las reglas de conducta que se aplican cuando se haya dispuesto la reserva del fallo condenatorio, siendo las siguientes:

- 1) Prohibición de frecuentar determinados lugares;
- 2) Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
- 3) Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;
- 4) Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando se demuestre que esté imposibilitado de hacerlo;
- 5) Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;
- 6) Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;
- 7) Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,
- 8) Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"* precisamente se incorpora como regla de conducta que debe cumplir el infractor durante el periodo de prueba, el mismo que tiene una duración mínima de un año.

3. OBJETIVOS DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"* ha sido diseñado para alcanzar determinados objetivos que están dirigidos a recomponer el conflicto y los daños causados por la falta o el delito, y con ello, fortalecer la administración de justicia en este tipo de procesos. En este sentido, se ha establecido un objetivo general y varios objetivos específicos para alcanzar la plena efectividad del Programa.

3.1 Objetivo General:

Implementar y desarrollar el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"* a través de sentencias con reserva de fallo condenatorio, en Juzgados de Paz, Juzgados de Paz Letrado, y Juzgados Especializados o Mixtos, como medio efectivo de prevención en materia de faltas y delitos, que permita alcanzar la solución integral del conflicto, priorizando la reparación del daño causado a la víctima, en base a la educación y sensibilización de infractores y víctimas.

3.2 Objetivos Específicos:

- a) Organizar un equipo humano de carácter multidisciplinario encargado de ejecutar el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, debiendo estar conformado por el personal de los Juzgados, magistrados, psicólogos y educadores de las Cortes Superiores de Justicia del país, por representantes de la Policía Nacional del Perú, Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Defensoría Pública, e instituciones involucradas en el tema de la prevención.
- b) Establecer mecanismos adecuados para promover la participación activa de los infractores y víctimas en las distintas etapas y tipos de procesos que comprende el Programa, garantizando en todo momento sus derechos humanos.
- c) Desarrollar dentro del *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, un proceso restaurativo para la falta de lesiones dolosas, que comprende básicamente tres etapas: una de carácter educativa, una de carácter psicológico, y la fase del perdón entre víctimas e infractores.
- d) Desarrollar dentro del *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, un proceso restaurativo para la falta de hurto simple, que contempla tres etapas: una de carácter educativa, una etapa de sensibilización y una de autoayuda y prevención colectiva.
- e) Impulsar la aplicación y réplica del *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, en todos los Juzgados de Paz, Juzgados de Paz Letrado, Juzgados Especializados o Mixtos, y órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Peruano donde pueda resultar aplicable, con las modificaciones que cada caso particular amerite.

- f) Difundir el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, a través del Poder Judicial y diversas instituciones públicas y privadas, en el país y el extranjero, como mecanismo efectivo en la prevención de conductas ilícitas.

4. ESTRUCTURA DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"* ha sido cuidadosamente diseñado a fin de cumplir con los objetivos trazados y desarrollar los fundamentos de la Justicia Restaurativa. En este caso, el programa se ha estructurado atendiendo a la realidad de un determinado Juzgado (el Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Sede Comisaría), donde la mayor cantidad de conflictos corresponden a las faltas de lesiones dolosas y hurto simple.

De esta manera, el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, está conformado por dos procesos restaurativos, uno para lesiones dolosas y otro para hurto simple. En ambos casos el programa desarrolla dos elementos fundamentales: a) la capacitación de infractores y víctimas a través de la educación y, b) la concientización y sensibilización de las partes a través de terapias, charlas y talleres psicológicos.

4.1 Proceso restaurativo para la falta de lesiones dolosas

En el caso de la falta de lesiones dolosas, el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"* desarrolla un proceso restaurativo que tiene tres etapas: etapa de capacitación, etapa de sensibilización y etapa del perdón.

Proceso restaurativo para la faltas de lesiones dolosas



4.1.1 Etapa de capacitación

Esta primera fase del programa busca educar y capacitar al infractor acerca de las consecuencias de su conducta y sus efectos personales, familiares y sociales. Muchos infractores no son plenamente conscientes de las repercusiones de sus acciones, siendo el programa el medio ideal para la enseñanza y la reflexión en torno a la conducta ilícita, la violencia física y psicológica.

La tarea educativa también alcanza a las víctimas, las que conjuntamente con los infractores conocen de cerca temas de justicia básica, faltas y delitos, violencia doméstica y de cómo su participación será de vital ayuda en la prevención social y la seguridad ciudadana.

Esta etapa se desarrolla por medio de charlas con la participación de un pequeño grupo de infractores y víctimas. La necesidad de un número limitado (que no superen las 12 personas) radica en la necesidad de entablar un diálogo accesible y directo, de discusión e intercambio mutuo de conocimientos y experiencias que ayuden en el objetivo educativo. Las charlas se realizan en el Juzgado y están a cargo de capacitadores y especialistas en el tema, como jueces, abogados, educadores, policías, especialistas en temas de seguridad y prevención y profesionales de instituciones vinculadas a la administración de justicia.

4.1.2 Etapa de sensibilización

La segunda fase es del proceso restaurativo diseñado para la falta de lesiones dolosas, es de carácter psicológico y su finalidad es sensibilizar y concientizar al infractor, mostrándole mediante talleres, terapias y dinámicas especialmente diseñadas, las consecuencias de sus acciones, desde el punto de vista legal, los daños materiales y físicos, y, principalmente las repercusiones emocionales y psicológicas en él y especialmente en la víctima.

Esta etapa busca apelar al lado humano y sensible del infractor, haciéndole ver toda la magnitud del daño que ha ocasionado e informándole del sufrimiento que la víctima ha padecido por su causa. En muchos casos víctima e infractor, se hallan frente a frente y tienen la oportunidad de escucharse mutuamente, generándose mayor sensibilidad en las partes. La participación de la víctima también es importante, pues el programa permite fatigar su sufrimiento brindando un espacio adecuado de tutela y acompañamiento, constituyendo un medio para el logro de la justicia deseada por las víctimas.

4.1.3 Etapa del perdón

En este periodo, las partes se han encontrado consigo mismas, han hablado y reflexionado sobre el conflicto, han identificado las causas y dialogado sobre ellas. El infractor ha reconocido su responsabilidad y está predispuesto a reparar los daños.

La víctima, ha sido reconocida como tal, y tiene ánimos de ser reparada, no sólo porque sea una obligación del infractor, sino porque ha podido observar un real arrepentimiento y solidaridad con su situación.

El perdón es el momento culminante y deseado de este proceso restaurativo, y tiene lugar cuando víctima e infractor deciden, leal y conscientemente, dar por finalizado y olvidar el conflicto para emprender una nueva relación de respeto mutuo.

Este resultado, cuando se funda en la sinceridad de las partes, es el grado máximo de restauración que puede lograr el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*.



4.2 Proceso restaurativo para la falta de hurto simple

En el caso de la falta de hurto simple el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"* desarrolla un proceso restaurativo que también tiene tres etapas: etapa de capacitación, etapa de reflexión y etapa de autoayuda y prevención colectiva.

4.2.1 Etapa capacitación

Durante esta fase se busca educar y capacitar al infractor acerca de las consecuencias jurídicas, personales, familiares y sociales de su conducta, así como los efectos que ésta podría acarrear en el futuro, de persistir en su comportamiento negativo. Se desarrolla a través de charlas conducidas por magistrados, defensores públicos, personal del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y de la Policía Nacional del Perú, entre otros profesionales. Aquí, los responsables tienen la oportunidad de analizar su conducta, dialogar sobre ella y narrar a detalle los hechos y el motivo que los llevo a cometer la falta. También se admite la participación de las víctimas en esta etapa, lo cual fortalece la transparencia y la prevención social.

El programa centra su atención en lograr que las partes, y en especial al infractor, tengan la más exacta comprensión de los motivos por los cuales sus acciones ilícitas están proscritas socialmente. Y entiendan que ellos, son parte trascendental del proceso regenerativo del mal causado a la víctima y al entorno social afectado.

4.2.2 Etapa de reflexión

Durante esta fase se busca que los infractores recapaciten sobre la conducta ilícita, compartan dudas y cuestionamientos, y luego expresen sus experiencias en el programa y sus expectativas futuras. Esto ayuda a concientizar y sensibilizar a los infractores sobre el daño causado y sobre las consecuencias que éste ha generado en sus personas, en las víctimas y la sociedad en general.

Esta fase es esencial, pues es aquí donde se busca conmover al infractor frente al daño que causó a la víctima, para que tenga la iniciativa suficiente y asuma su responsabilidad y el compromiso de reparación. Luego, cuidando la espontaneidad y libertad, se busca que el infractor exprese por escrito, sus sentimientos y experiencias luego de conocer la ilicitud de su conducta y el daño que causó, si está arrepentido o no, y si tiene predisposición para un cambio positivo de actitud.

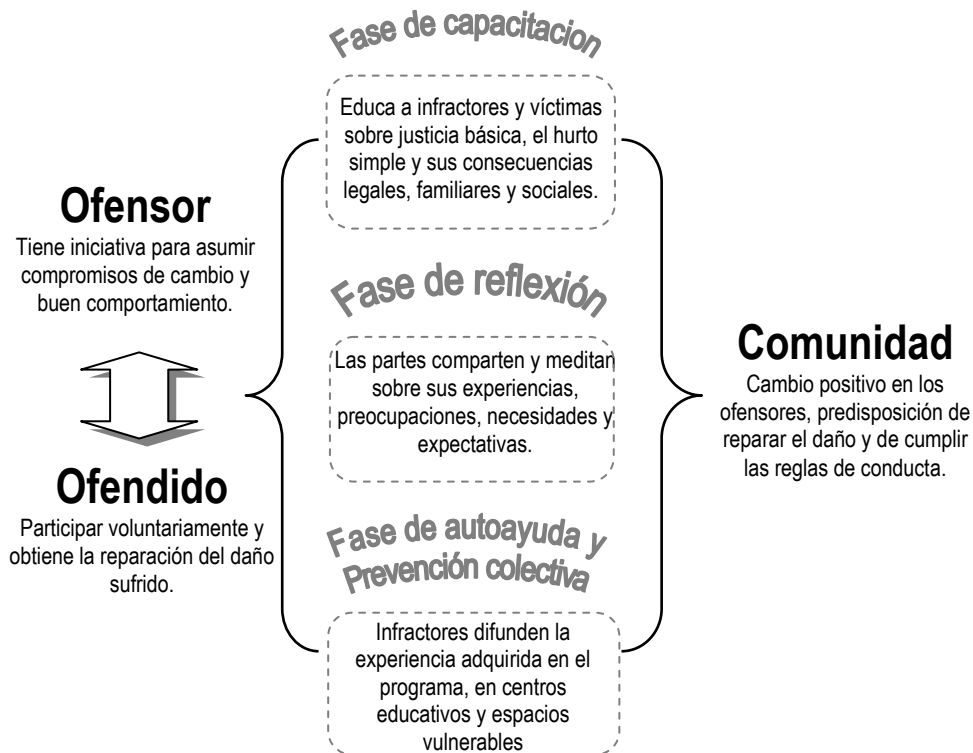
4.2.3 Etapa de autoayuda y prevención colectiva

Esta etapa está dirigida a reforzar las dos fases anteriores. Lo aprendido y reflexionado por el infractor le permitirá que tener un panorama claro de la experiencia en que se ha visto involucrado y, con esta base, se convierte en el sujeto más llamado a compartir sus vivencias con el resto de la sociedad. Se trata de una tarea de concientización colectiva y auto reflexión donde los protagonistas y titulares del mensaje a difundir son los propios infractores.

En esta tercera fase los participantes del programa exponen sus experiencias en el programa, en centros de educativos, institutos, universidades y espacios sociales vulnerables, con fines netamente preventivos. Pues no hay mejor impacto social que escuchar un mensaje personal, basado en la experiencia del infractor.

De esta manera, los infractores no sólo han sido parte de todo un proceso restaurativo que ha ayudado en su rehabilitación, sino que ésta se refuerza y alcanza una connotación colectiva al ser difundida en diversos entornos sociales.

Proceso restaurativo para la falta de hurto simple



5. BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA

5.1 Beneficiados directos

5.1.1 Infractores

Los actores principales del *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"* son los sentenciados a quienes se les brinda charlas, talleres y terapias, con fines capacitación y sensibilización.

El principio que prima durante todo el programa es el trato humano y el respeto de los derechos de las partes. De esta manera se genera confianza e iniciativa en los infractores para tengan un mayor desenvolvimiento y

protagonismo. El programa restituye y fortalece la dignidad de los infractores como seres humanos.

5.1.2 Víctimas

Las víctimas que han padecido el daño, participan voluntariamente. Unas veces por propia iniciativa y otras por invitación de los mismos infractores. Su presencia en el programa es sumamente relevante desde que el intercambio de experiencias y la mutua discusión con los infractores pueden llevarnos a un resultado realmente satisfactorio y restaurador.

Además, su participación ayuda en su propia recuperación de los daños y estragos que la falta ha ocasionado en su vida, su familia y entorno social, recuperando la seguridad y la sensación de protección. Externamente, las víctimas se convierten en elementos de difusión social de la experiencia positiva vivida en el programa ayudando en la prevención de nuevos conflictos.

El programa tiene sumo cuidado en evitar la doble victimización. Es decir que la víctima no sólo padezca los daños derivados de la falta, sino el maltrato ocasionado por el sistema judicial. Desde esta perspectiva el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, cumple un rol complementario necesario para la restauración de la víctima y su recuperación física y moral, evitando cualquier tipo de agravio.

5.2 Beneficiados indirectos:

Los efectos del programa impactan positivamente en la familia y el entorno social cercano a los infractores y víctimas. No olvidemos que detrás de cada una de las partes están sus hijos, esposas y esposos, madres y padres, hermanos y hermanas, amigos y vecindario, que están interesados en el resultado del proceso judicial y el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*.

Al igual que la víctima y el infractor, su familia y amigos, han sido parte de sus preocupaciones y temores, durante el proceso judicial y el proceso restaurativo, ellos han brindado soporte y acompañamiento, y ahora; serán parte de su recuperación y de la difusión del mensaje positivo que el programa ha logrado en las partes.

También son beneficiarios indirectos las instituciones públicas que tienen que accionar frente ante falta o delito, como el Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Defensoría Pública, Instituto Nacional Penitenciario, entre otras entidades, que tienen que gastar una serie de recursos humanos, materiales y económicos, y disponer de tiempo y esfuerzo para hacer frente a una falta o delito. Estos gastos podrán evitarse mediante este programa capaz de reducir y evitar nuevos delitos y faltas de una manera efectiva.

Finalmente la comunidad en general también se verá beneficiada por el programa, porque se reducirá los hechos ilícitos que agravién a más ciudadanos, porque los infractores al reintegrarse a la sociedad serán personas más educadas y conscientes, porque las víctimas se sienten recuperadas de los daños y, porque finalmente se refuerza en la sociedad la sensación de justicia, paz y seguridad en la sociedad.

6. NATURALEZA INNOVATIVA DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, es único en el Perú, porque permite una perfecta y necesaria concatenación entre el sistema judicial caracterizado por buscar una sanción al responsable y los fundamentos de la justicia restaurativa, aplicando mecanismos efectivos para reparar los daños ocasionados por el responsable, educándolo, capacitándolo, generando conciencia en él y sensibilizándolo, con la finalidad de prevenir conductas ilícitas similares o más graves, evitando que afecten a las personas y a la sociedad.

De esta manera, el efecto del programa no solo es directo e inmediato, es decir dirigido al mismo infractor y a la víctima, sino también indirecto, pues se busca que el mensaje del programa se difunda a través de los participantes en sus núcleos familiares, en su entorno social y la comunidad en general.

El programa considera que la justicia tradicional algunas veces deshumaniza a las personas, por el uso de procedimientos mecánicos y repetitivos. Un procesado y un sentenciado, se convierten en un número más en la estadística de delitos. Pero el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, reconoce que el infractor y la víctima merecen un trato justo y respetuoso.

Las personas cuando reciben un trato humano, son más susceptibles a reconocer sus errores y rectificarlos, con el apoyo de una institución que les ofrece la oportunidad de solucionar su problema de una manera distinta y que los hace sentirse parte de la solución y no solo causantes del problema.

En este sentido, el programa genera un espíritu de bien y paz, en el que la persona que juzgo se despoja de su investidura jerárquica y establece una relación horizontal y democrática con el infractor y la víctima, interrelacionándose frente a frente, de persona a persona. Dicha situación a veces no ocurre en el proceso judicial, con relaciones tensas y formales. En los talleres en cambio, los sentenciados muestran voluntad para colaborar e impulsar el programa como forma de redención personal y social.

7. LUGAR DONDE HA EJECUTADO EL PROGRAMA

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, se ha venido desarrollando mediante charlas, talleres, terapias y dinámicas, en los ambientes del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, a partir del mes de abril de 2013, y estuvo a cargo de un equipo multidisciplinario encabezado por el personal que laboró en el Juzgado (Juez y servidores jurisdiccionales), por magistrados, psicólogos y educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, y por integrantes de del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Defensoría Pública y Policía Nacional del Perú.

El concepto de desarrollar el programa en el local de Juzgado se basa en la búsqueda de un mayor acercamiento entre el Poder Judicial e instituciones involucradas en el tema de faltas, con los infractores y las víctimas, de manera que éstos perciban que hay un verdadero interés por resolver el problema de una manera conjunta y teniendo como objetivo común la reparación integral del daño y la prevención.

8. INSTITUCIONES PARTICIPANTES Y EL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, es de carácter multidisciplinario pues busca articular a diversas instituciones vinculadas al tema de la prevención como la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Defensoría Pública y Policía Nacional del Perú, a razón de que todas esas instituciones tienen roles estrechamente vinculados a la labor del sistema judicial: Por ejemplo, la Policía Nacional del Perú se encarga de investigar el hecho ilícito, la Defensoría Pública de defender y representar al imputado y el Instituto Nacional Penitenciario se encarga de la ejecución de las sanciones impuestas por el Juzgado.

Por otro lado, la estructura diseñada del programa, requiere necesariamente de profesionales y personas que tengan conocimientos diferentes pero complementarios.

En conjunto, se forma un equipo humano multidisciplinario cuyo objetivo es lograr la reparación integral del daño y la efectiva solución del conflicto. Participan jueces, abogados, profesionales y policías que manejan temas legales y por otro, especialistas en temas de terapia psicológica y readaptación. La participación es la siguiente:

- a) En las etapas de capacitación de los procesos restaurativos desarrollados para la falta de lesiones dolosas y hurto simple, participan jueces, abogados, defensores públicos, policías, profesionales del INPE y otras instituciones, todos ellos contribuyen en la educación de infractores y víctimas.

- b) En las fases de sensibilización, reflexión y perdón, participan los psicólogos y educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, quienes mediante talleres, terapias, dinámicas, videos y otros métodos respetuosos de los derechos humanos, procuran sensibilizar y generar un cambio positivo de actitud en el infractor.
- c) En la fase de autoayuda y prevención colectiva, participan los jueces y personal del Juzgado encargado de verificar el cumplimiento de las reglas de conducta así como los educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, se inició como proyecto piloto desde el mes de abril de 2013, a mi cargo, cuando desempeñaba funciones en como Juez Titular del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Perú. También apoyaron el personal que laboró en el Juzgado como el señor Carlos Ortiz Liza, Javier Olivera Núñez y Junior Arroyo Chumbile.

Como capacitadores se ha contado con la colaboración de distinguidos jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, como es el caso de los magistrados Edgardo Torres López, Presidente de la Segunda Sala Civil, Abel Pulido Alvarado, Juez Especializado Penal, los Defensores Públicos Violeta Ferro, Melanio Castillo, la Lic. Freysa Tejada García, responsable del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) en la Comisaría de Independencia.

Merece resaltar la importante labor desarrollada por la licenciada Elizabeth Vitteri Valdivia, psicóloga de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el diseño de talleres y dinámicas especiales para cada etapa del programa.

9. MONITOREO DE RESULTADOS Y LOGROS ALCANZADOS

La ventaja del *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, es que los resultados pueden ser verificables en el tiempo. Si culminado el Programa el infractor incurre en una nueva falta o quizás en delito, se tiene registros policiales y judiciales que posibilitan el control respectivo. De verificarse ello, significa que es necesario mejorar la intervención; en caso de no existir reincidencia ni habitualidad en los participantes, el éxito del programa es total.

Otra ventaja que ofrece el programa es que los infractores no se desvinculan totalmente del Juzgado, pues otra regla de conducta que deben cumplir y que se consigna en la sentencia, es la obligación de concurrir al Juzgado mensual o bimensualmente, para firmar el cuaderno de control, otra regla es la de no cometer

hechos similares; lo que permite seguir evaluando su comportamiento incluso luego de culminado el programa.

A la fecha, desde que inició el Programa no se ha tenido ningún caso de infractores que hayan infringido la ley, cometiendo una nueva falta o delito. El promedio de participantes fue de 50 infractores y de 25 víctimas.

10. BAJO COSTO Y GRANDES BENEFICIOS DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, funciona con mínimos recursos. Pues los ambientes, muebles y equipo multimedia que se emplean, son de la institución judicial. El equipo multidisciplinario se ha formado por iniciativa del Juzgado, y gracias a la predisposición de magistrados, psicólogos y educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Defensores Públicos del Ministerio de Justicia de Lima Norte, profesionales del INPE asignados a la Comisaría de independencia y representantes de la Policía Nacional del Perú.

La idea que se ha desarrollado en el programa es sostenible en el tiempo y con pocos recursos. Sin embargo, una mayor cantidad de recursos permitirá que el programa se desarrolle con mayor rapidez, abarque un mayor número de participantes, así como la implementación de nuevos métodos de concientización como obras de teatro, elaboración de folletos y materiales para la enseñanza y difusión.

En este sentido, es un programa que no genera mayores gastos al Poder Judicial, por el contrario, permite lo fortalecerlo de una manera efectiva.

11. IMPLEMENTACION Y DIFUSION

El *Programa de Prevención para Sentenciados "Justicia, Paz y Seguridad"*, es una iniciativa de gran impacto social y jurídico, que debe ser replicado en Juzgados de Paz, Juzgados de Paz letrado, Juzgados Especializados y Mixtos y órganos jurisdiccionales donde resulte aplicable, en todo el país.

Esta experiencia también puede ser utilizada en otros países, sobre la base de programas similares de prevención del delito, con objetivos de justicia, paz y seguridad, como parte integrante de los procesos judiciales, igual o más importante que la investigación judicial. La mayoría de los países, busca la resocialización, readaptación y reeducación de los sentenciados; el programa es una alternativa para lograrlo, además que tiene la posibilidad de incorporar en forma libre y voluntaria a las víctimas de la infracción, que tienen derecho a la reparación de los daños sufridos, principalmente en la parte emocional y la protección.

En relación a la difusión, el a nivel nacional el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, ha sido presentado a los siguientes premiso:

- Premio a la *Excelencia Judicial 2013*, convocado por la Presidencia del Poder Judicial del Perú,
- Premio de Derechos Humanos "*Javier Pérez de Cuéllar*" año 2014, convocado por la embajada de Francia en el Perú.

También se ha recibido la felicitación y el reconocimiento de instituciones como la Asociación Promotores de Derechos Humanos de Latinoamérica, el Frente Nacional de Mujeres del Perú y el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CELADH).

A nivel internacional, el programa ha sido presentado a los siguientes premios:

- Premio "*3er Concurso de Buenas Prácticas en Prevención del Delito en América Latina y el Caribe-2013*", convocado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Fundación GOBERNARTE y el Instituto de Asuntos Públicos de Chile.
- Premio "*Innovating Justice 2013*", convocado por la Fundación de Derechos Humanos Hill, con sede en Suiza.

En ambos casos, si bien no se ha logrado obtener un premio, se ha recibido la felicitación por tan importante iniciativa en el ámbito judicial.

**UNIDAD IV: LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU APLICACIÓN
EN EL PERÚ**

Henry, Véronique. La Justicia Juvenil Restaurativa en el Perú. El desafío de convertirse en política pública.

La Justicia Juvenil Restaurativa en el Perú. El desafío de convertirse en política pública

Véronique Henry ¹

Representante Fundación Terre des hommes-Lausanne en el Perú

RESUMEN

En el presente trabajo, la autora describe uno de los más importantes proyectos que se han implementado en el Perú para prevenir la delincuencia juvenil y en general, para detener el incremento de la delincuencia. Se trata del Programa de Justicia Juvenil Restaurativa que se viene ejecutando en nuestro país desde el año 2005, bajo la iniciativa de la Fundación Tierra de Hombres, con resultados alentadores, lo cual muestra la enorme importancia de contar con mecanismos de prevención como éste, que basado en los fundamentos de la justicia restaurativa, permita el desarrollo de una nueva y eficaz alternativa en el tratamiento de las infracciones y en su prevención.

PALABRAS CLAVE

Justicia juvenil restaurativa, prevención, adolescentes infractores, sistema penal.

Abstract

In this paper, the author describes one of the most important projects that have been implemented in Peru to prevent juvenile delinquency and in general, to stop the increase in crime. It is the program of restorative juvenile justice that comes running in our country since the year 2005, under the initiative of the Foundation Earth of men, with encouraging results, which shows the enormous importance of preventive mechanisms as this, based on the principles of restorative justice, allow the development of a new and effective alternative in the treatment of infringements and their prevention.

Key words

Restorative juvenile justice, prevention, adolescent offenders, criminal justice system

¹ Magister en ayuda humanitaria con enfoque en derecho internacional humanitario y geopolítica, con amplia experiencia en proyectos de cooperación internacional en varios países de África, Asia Central, Balcanes, América Latina. Actualmente representante de la Fundación Terre des hommes en el Perú, dónde se implementa el proyecto de Justicia Juvenil Restaurativa.

El Perú tiene una población de 30 millones de habitantes. Su población es relativamente joven, un poco más de la tercera parte tiene entre 0 y 19 años. Desde hace más de una década la sociedad peruana ha tenido un crecimiento económico sostenido de 6% anual, lo que le ha llevado a reducir la pobreza al 25,8% y la pobreza extrema, al 6%. Sin embargo, a pesar de este crecimiento los niveles de desigualdad se mantienen, según el Banco Mundial el índice de GINI es de 48,1.

Esta desigualdad es uno de los principales factores que explicaría que el índice delictivo y la consiguiente sensación de inseguridad se hayan incrementado sustantivamente en los últimos años. Según los datos proporcionados por el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público², se puede apreciar que entre el 2008 y el 2010 las denuncias de infracciones cometidas por adolescentes se han incrementado en un 28,8%. Estos datos nos permiten comprender que el incremento de delitos e infracciones tiene un impacto en la percepción de la opinión pública sobre la seguridad ciudadana.

Según la Encuesta Nacional Urbana de Victimización, realizada en el año 2011 en 23 ciudades del Perú por la ONG Ciudad Nuestra³, el 71,9% de los encuestados manifiestan que se sienten inseguros, incluso el 41,3% señala que al menos un miembro de su familia fue víctima de un delito en el periodo de 12 meses previos a la encuesta. Sin embargo, lo que muchas veces no se sabe, o no se dice, es que la proporción de delitos cometidos por adolescentes es muy mínima⁴. A pesar de ello, los medios de comunicación peruanos han mostrado muchas veces una tendencia a exacerbar y sobredimensionar los hechos delictivos cometidos por adolescentes, principalmente los más violentos, aumentando la sensación de inseguridad y generando la falsa percepción de que los adolescentes son los principales responsables de la delincuencia.

El miedo al crimen en general (miedo legítimo que no hay que desmerecer), y específicamente a la violencia adolescente, repercute en la calidad de vida de las personas, influye negativamente en la actividad económica y social del país y provoca el surgimiento de propuestas punitivas con alto apoyo popular, contrarias a los principios democráticos. Así fue como recientemente se han dado numerosas propuestas legislativas orientadas a rebajar la edad de responsabilidad penal de 18 a los 16 años de edad, así como de endurecer las penas. Es decir, de aprobarse estas propuestas legislativas, se daría una respuesta inoportuna, inadecuada e inefectiva, perjudicial para la situación del adolescente, su familia y la comunidad, en la medida que no evita futuras infracciones a la ley penal y afecta los derechos de otras personas.

² <http://www.mpfn.gob.pe/boletinformativo/infoestadboletinannual>

³ <http://www.ciudadnuestra.org/>

⁴ Según los datos proporcionados por el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público se puede apreciar que entre el 2008 y el 2010 las denuncias de infracciones cometidas por adolescentes se han incrementado en un 28.8%: de 13,537 infracciones registradas el 2008, se elevaron a 17,426 el 2010; siendo las de mayor incidencia aquellas contra el patrimonio (40%), contra la libertad (29.5%); y contra la vida, el cuerpo y la salud (19.5%).

En el Perú existe un Sistema Penal Juvenil que se estableció a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en los años 90, y la promulgación del Código del Niño y el Adolescente (Ley 27337), donde se establecen normas sustantivas y procesales que regulan la infracción de lo/as adolescentes de acuerdo a la doctrina de la Protección Integral del Niño.. En general, el problema central se puede resumir en que, a pesar de validos esfuerzos realizados en estos últimos años por parte del Estado y de la sociedad civil, el Sistema de Justicia Juvenil en el Perú sigue siendo bastante retributivo (castigador) y carece aún de un enfoque, herramientas y metodologías apropiadas y efectivas para atender la infracción juvenil y promover la restauración de la paz social. Esta situación, sin embargo, ha mejorado notablemente en las zonas intervenidas por el proyecto de Justicia Juvenil Restaurativa, aunque aún falta fortalecer la atención a la víctima y el uso de herramientas del enfoque restaurativo que complementan el modelo propuesto.

Otro aspecto adicional, pero no menos importante, es que por lo general los operadores de justicia carecen de una especialización en la atención directa a los/as adolescentes infractores que permita un respeto integral a sus derechos, sumándose además la frecuente rotación de los profesionales que trabajan en las instituciones responsables de la Justicia Juvenil en el país. Esto conlleva a un inadecuado uso de las herramientas de la Justicia Juvenil Restaurativa (Mediación, círculos restaurativos, remisión, aplicación de medidas socioeducativa en libertad, etc.) y al uso excesivo del internamiento como prioridad en los fallos judiciales⁵.

Ante esta problemática, la propuesta de intervención del proyecto Justicia Juvenil Restaurativa⁶ contribuye a mitigar los factores que puedan incrementar la incidencia de infracción adolescente y la falta de normas nacionales e internacionales dirigidas a esta población. El proyecto empezó en el 2005, ejecutado por Tierra de hombres⁷ y la Asociación Encuentros Casa de la Juventud, en convenio con instituciones públicas y privadas, con el objetivo de demostrar las ventajas jurídicas, sociales y económicas del modelo de Justicia Juvenil Restaurativa (JJR) frente a los sistemas retribucionista y tutelar. Durante las dos primeras fases (2005-2010), se buscó fortalecer el sistema de defensa desde la etapa policial, así como el desarrollo de programas socioeducativos en medio abierto, orientados a promover la reparación de la víctima y el restablecimiento de los vínculos del adolescente con la víctima y/o con su comunidad. La estrategia apuntaba a crear condiciones técnicas, institucionales y normativas para que las personas con poder de decisión del Estado evaluaran la factibilidad del modelo y decidiesen su aplicación en el país, como parte de una política pública.

⁵ En mayo del 2012, 2,278 adolescentes en conflicto con la ley penal tenían medidas judiciales, de los cuales el 68% con medida privativa de libertad (Fuente: Informe Defensorial n°157, Sistema Penal Juvenil).

⁶ <http://www.justiciajuvenilrestaurativa.org/>

⁷ www.tdh.ch

En estas dos primeras fases se lograron importantes resultados:

- Se garantizó una adecuada defensa a 1255 adolescentes en conflicto con la ley;
- Se brindó una asistencia a 102 víctimas de estos adolescentes, y se aplicaron procesos restaurativos y reparación (directa o indirecta) del daño.
- Se promovió la participación de 91 instituciones locales, en la atención de los y las adolescentes en conflicto con la ley. Se demostró que la JJR es menos costosa para el Estado. Los resultados de un estudio realizado en el 2008 muestra que el costo mensual del programa de JJR es de 115 dólares por adolescente, mientras que el coste en centros juveniles cerrados con medidas privativas de la libertad es de 417 dólares.
- Se construyó en la Comisaría de El Agustino, el primer módulo especializado para adolescentes en conflicto con la ley, brindando así un importante antecedente en la atención policial. Se organizó conjuntamente con la Fiscalía en el 2009 en Lima el Primer Congreso Mundial de JJR, contando con la participación de unos 1000 participantes representando 60 países. De este Congreso salió la Declaración de Lima⁸.
- El proyecto logró un importante reconocimiento al nivel nacional, regional e internacional, por lo cual fue premiado en varias oportunidades⁹.

Gracias a estos logros, la Fiscalía reconoció no solo el valor social del modelo desarrollado, sino que decidió adaptarlo e implementarlo a partir del 2010 en 3 nuevos distritos de Lima (San Juan de Miraflores, Villa María del Triunfo y Villa El Salvador). Esto se logró gracias a un financiamiento del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), que contempló la contratación de un equipo interdisciplinar

8

http://www.justiciajuvenilrestaurativa.org/congreso_mundial_de_justicia_juvenil_restaurativa_2009/declaraciones/Declaracion_de_Lima_Esp.pdf

⁹En los primeros 6 años, el proyecto obtuvo los siguientes premios: (1) Ganó por dos años consecutivos el primer puesto del concurso de buenas prácticas gubernamentales Ciudadanos al Día1 (CAD), en la categoría de Seguridad Ciudadana, premiando la experiencia de la aplicación de la Remisión Fiscal del distrito de El Agustino (ciudad de Lima) y de los distritos de Chiclayo, La Victoria y José Leonardo Ortiz (ciudad de Chiclayo) (2) Fue reconocida como experiencia innovadora en el I Congreso Mundial de JJR, realizado en Lima – Perú (3). La Asociación internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia le ha otorgado el Premio Veillard Cybulski – Edición 2010 (4). Ciudad Nuestra, presidida por Gino Costa, ha reconocido en varias ocasiones la labor realizada, como consta en diversas publicaciones. (5) en el 2010 obtuvo el primer lugar en el concurso de Buenas Practicas en la prevención del Delito en América Latina y El Caribe organizado por el Centro de Estudio en Seguridad Ciudadana de Chile. (6) en el 2012 se obtuvo el Premio de Derechos Humanos Javier Pérez de Cuellar, otorgado por la Embajada de Francia.

(psicólogo/a y trabajador/a social) adscrito a los fiscales para que desarrollen una estrategia de intervención y apliquen la Remisión Fiscal y programas de orientación en medio abierto, así como impulsar procesos restaurativos.

En el 2010, de acuerdo con los resultados de las fases I y II, se diseñó una III fase con los actores del sistema de justicia, cuyo objetivo era promover la apropiación, extensión y sostenibilidad del sistema de JJR por parte del Estado, difundiendo los beneficios y ventajas de su enfoque y metodología, así como propiciar un trabajo articulado entre las autoridades y la comunidad. En la ejecución de la III Fase, los resultados obtenidos consolidaron el modelo de JJR, iniciando la transferencia al Estado con éxito. Entre ellos tenemos:

- Apropiación por parte de la Fiscalía del enfoque restaurativo, con la ejecución del Programa Nacional de JJR¹⁰.
- Consolidación de la remisión como alternativa real al uso de la medida de privación de libertad, incrementando la desjudicialización de las infracciones de adolescentes, y en menor medida, de las medidas socioeducativas no privativas de libertad¹¹.
- Incorporación paulatina de otros sectores que permiten augurar un proceso sólido de transferencia al Estado y una apropiación a través de una política pública coherente y eficaz para la Justicia Juvenil.
- Realización de un estudio sobre Género y prácticas de crianza en adolescentes agresores y jóvenes infractores de la ley penal que muestra el impacto de las relaciones de género y de los patrones de crianza en la comisión de delitos por los y las adolescentes. Esta investigación se origina frente a dos preguntas centrales ¿Cómo son criados los jóvenes agresores e infractores de la ley penal? ¿Hay diferencias de género en la crianza de estos jóvenes?

La próxima fase (fase IV – 2014-2016) del proyecto propone tres componentes que permitirán una intervención adecuada y sostenible:

- El primero se dirige al uso de prácticas innovadoras de atención al adolescente infractor que garantice el respeto obligatorio a sus derechos. Contenidas en las normas, estas prácticas están inmersas en el uso adecuado de los procesos restaurativos (mediación, reuniones restaurativa, círculos restaurativos, aprendizaje y servicio, prestación de servicio a la comunidad, medidas socioeducativas en libertad, etc.) que permiten un acceso adecuado a la justicia por parte de esta población; asimismo las prácticas

¹⁰ En el 2013, el programa nacional se está implementando en 9 distritos de las regiones de Lambayeque, La Libertad, El Santa, y Lima. Las proyecciones para el 2014 son de seguir la extensión en otras regiones.

¹¹ Así, del 2005 al 2013, se atendieron unos 2000 adolescentes en comisarías, de los cuales más de la mitad han ingresado al programa con remisión fiscal o medidas socio-educativas no privativas de libertad.

restaurativas permitirán prevenir y transformar el conflicto (factor de riesgo de primer nivel que está incrementando la violencia y la infracción en el país). A través de ellas se atenderá de manera adecuada las causas de la violencia.

- El segundo componente tiene como finalidad fortalecer las capacidades de los y las operadores de justicia, logrando la especialización requerida para la atención a los/as adolescentes, alcanzando un mejor y diferenciado trato, tomando en consideración la edad y el género y, además garantizando los derechos que se establecen en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, y el Código del Niño y Adolescente. De igual manera, se apunta a sensibilizar algunas Universidades del país (esencialmente en carreras de derecho y psicología), con el fin de ir paulatinamente cambiando la cultura y mentalidad de los docentes y estudiantes, esto último siendo los futuros profesionales del país que tendrán la responsabilidad de aplicar justicia.
- Como tercer componente se desarrollará un proceso de incidencia en todos los niveles, con la finalidad que las más altas autoridades y los y las funcionarios/as directamente involucrados, puedan incorporar el enfoque restaurativo en la construcción de políticas, normas y procedimientos de atención dirigida a esta población vulnerable. Además de estos tres componentes, se fortalecerá el enfoque de género de forma transversal, para transformar los patrones culturales que generan violencia, estigmatización y exclusión

El principal impacto esperado en esta IV fase es que los y las adolescentes beneficiarios/as y sus familias demuestren cambios positivos, no vuelvan a cometer infracciones, se reinserten en su comunidad, vuelvan a estudiar y se integren a un trabajo digno respetando sus derechos; también se espera que reparen de alguna manera el daño cometido en contra de la persona agredida y/o de la comunidad afectada en general. De igual modo, las comunidades de donde provienen los y las adolescentes serán beneficiadas en su día a día por esta intervención, ya que estos adolescentes se integrarán de manera sana a su entorno, limitando así los nuevos hechos delictivos y generando una mayor paz social. En el ámbito escolar y comunitario, se busca reducir los niveles de violencia y generar una mayor conciencia ciudadana, una empatía y unas habilidades para prevenir y transformar los conflictos.

Así mismo, la intervención busca de manera transversal y permanente empoderar a las mujeres y niñas, y generar un cambio de paradigmas en las relaciones hombres/mujeres, niños/niñas, una crianza más adaptada a las

necesidades y capacidades de cada uno/a, unas relaciones de género equitativas en todos los ámbitos (familiar, escolar, comunitario, estatal), que permitan construir de manera armónica y pacífica una sociedad respetuosa de los derechos de todas y todos.

Valor añadido de la justicia restaurativa

La justicia restaurativa y las prácticas restaurativas representan una alternativa para la seguridad ciudadana y la convivencia social, buscando básicamente 3 aspectos:

- Que el/la adolescente asuma su responsabilidad
- Que la víctima obtenga reparación del daño
- Que la comunidad promueva la reinserción del adolescente

La diferencia entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa es muy marcada¹²: en el primer caso, el delito es considerado una violación de la ley, se promueve la culpabilidad y se privilegia el castigo, está enfocado en el pasado, la víctima se limita a ser un testigo, y el Estado tiene el monopolio para establecer y controlar las sanciones. En el caso de la Justicia Restaurativa, el delito es considerado una violación de las relaciones humanas, se promueve la responsabilidad del ofensor y la reparación del daño a la víctima y/o a la comunidad, las soluciones están orientadas hacia el futuro, se busca restablecer vínculos; la víctima y la comunidad juegan un papel importante y complementario al sistema de justicia formal.

En la justicia restaurativa, participan todos los actores: se busca que el/la adolescente, la familia y las instituciones de la comunidad se corresponsabilicen por lo ocurrido: el adolescente, a reparar a la víctima y optar por un cambio en su vida; la familia, a desarrollar pautas de crianza que apoyen dicho cambio; y las instituciones locales (municipio, iglesia, clubes deportivos, escuelas, organizaciones juveniles, ONGs, organizaciones de base, etc.), a facilitar condiciones para que el/la adolescente logre reparar y acceder a procesos de desarrollo personal y social más favorables.

Ante esto la Justicia Juvenil Restaurativa se propone ser una alternativa que considera al adolescente infractor como sujeto de derechos, promueve que asuma la responsabilidad del error cometido y busca, consciente y voluntariamente, restaurar el daño ocasionado, tanto a la víctima como a la comunidad. La implementación de medidas socioeducativas en medio abierto se desarrollan en un contexto digno, acompañadas y supervisadas por profesionales (trabajadores/as

¹² Howard Zehr, *Little Book of Restorative Justice*, 2002.

sociales, educadores/as y psicólogos/as) y son aceptadas y entendidas por la comunidad en general.

Retos pendientes...

Si se ha avanzado de manera significativa en el Perú en estos años, todavía se requiere seguir trabajando, fortaleciendo los avances, y asumiendo varios retos:

1. Fortalecer el enfoque restaurativo:

- Reconocimiento por parte del adolescente del daño cometido y su responsabilidad en el hecho
- Garantía de la defensa del adolescente desde la fase policial
- Reparación del daño / atención a la víctima
- Reinserción del adolescente, al reconocer su vulnerabilidad, carencias, necesidades, pero también sus fortalezas, capacidades y deseos.
- Participación del adolescente, de la(s) víctima(s), de la comunidad

2. Hacer de la Justicia Juvenil Restaurativa una verdadera política pública¹³, empezando por una voluntad política a través de la atribución de recursos:

- financieros (mecanismos de financiamientos públicos articulados)
- técnicos: establecer un sistema único de información, adecuar espacios, comisarías, etc.
- humanos: fortalecer capacidad técnica, nombrar equipos psicosociales, limitar rotación, etc., con el fin de implementar las recomendaciones de las normas internacionales y políticas públicas nacionales de justicia juvenil: remisión (desjudicialización); medidas alternativas (socio-educativas) a la privación de la libertad, defensa especializada, mecanismos de resolución de conflicto de JJR, prácticas restaurativas, mediación, etc.

¹³ En este sentido, es importante mencionar la recién aprobación por el Consejo Nacional de Política Criminal (CONAPOC), del Ministerio de Justicia, del Plan Nacional de Prevención y Atención a los Adolescentes en Conflicto con la ley Penal 2013-2018, primer plan nacional elaborado de manera participativa con todos los sectores del Estado y la Sociedad Civil, que apunta a una intervención integral, intersectorial, y especializada.

3. Que se garanticen los derechos de los Niños Niñas y Adolescentes, permitiéndoles alcanzar condiciones de vida dignas que prevengan la conducta delictiva por parte del adolescente, y todas situaciones de vulnerabilidad en general.
4. Implementar una cultura de paz (en escuelas, comunidades, etc., a través de prevención, prácticas restaurativas, mediaciones, transformación de conflicto, etc.)

Estos retos, Terre des hommes y sus aliados los consideran como sus objetivos más importantes para el periodo actual; sabiendo que implican la participación activa, constante y articulada de todas las entidades públicas y privadas involucradas en el tema tanto de la atención a adolescentes en conflicto con la ley como en el tema más amplio de desarrollo social, educación, trabajo, y todos los aspectos que contribuyen a construir una sociedad más equitativa, incluyente, tolerante y pacífica.