



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

**Departamento de Derecho
Internacional**

**PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE
PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN
MATERIA PENAL ADOPTADOS POR LAS
NACIONES UNIDAS**

*Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*

Memoristas: Eric Caballero Sepúlveda

Pablo Rojas Salinas

Profesor Guía: María Teresa Infante C.

JULIO 2009

INDICE

INDICE	2
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: LA JUSTICIA RESTAURATIVA: ASPECTOS GENERALES ...	13
1. CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA	13
1.1. Orígenes	13
1.2. Definiciones en la doctrina	19
1.3. Opinión de los autores	35
2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	37
3. JUSTICIA RESTAURATIVA Y SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	42
CAPÍTULO II: LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO COMPARADO	50
1. CANADÁ.....	50
1.1. Victim-Offender mediation (VOM):	53
1.2. Family Group Conferencing (FGC) [Conferencias de Grupos Familiares]:..	54
1.3. Community Circles (CC):.....	55

2. NUEVA ZELANDA.....	58
2.1. <i>Family Group Conferences:</i>	62
2.2. <i>Adult Conferencing</i>	65
3. AUSTRALIA	73
3.1. <i>Youth Justice Conferences</i>	74
3.2. <i>Adult Conferencing</i>	78
4. REINO UNIDO:.....	80
5. LATINOAMÉRICA.....	82
CAPÍTULO III: PRINCIPIOS BÁSICOS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA PENAL.....	100
1. ANTECEDENTES	100
1.1. <i>La Resolución 1999/26 del ECOSOC</i>	105
1.2. <i>El 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y la Declaración de Viena</i>	107
1.3. <i>La Resolución 2000/14 del ECOSOC</i>	110
1.4. <i>Recomendaciones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal</i>	114
1.5. <i>El Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa</i>	115

2. PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE UTILIZACIÓN DE PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA PENAL, ADOPTADOS POR EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS EN 2002	120
2.1. <i>Preámbulo y definiciones</i>	120
2.2. <i>Utilización y funcionamiento de los programas de Justicia Restaurativa</i>	124
2.3. <i>Desarrollo continuo de los programas de Justicia Restaurativa</i>	128
3. EL 11° CONGRESO DE NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL.....	129
CAPÍTULO IV: INTRODUCCIÓN EN CHILE DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA.....	133
1. ELEMENTOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.....	133
1.1. <i>El nuevo papel de la víctima</i>	134
1.2. <i>Los acuerdos reparatorios</i>	139
2. JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA LEY 20.084 SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE.....	142
CONCLUSIONES: ALCANCES DE LA RESOLUCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y OPINIÓN CRÍTICA SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN CHILE. PROPUESTAS DE POLÍTICA PÚBLICA	148
BIBLIOGRAFÍA.....	164

INTRODUCCIÓN

Desde hace casi medio siglo resulta habitual en doctrina encontrar voces que afirman que el sistema jurídico-penal formal, en su conjunto, se encuentra en crisis¹, siendo una de sus manifestaciones la creciente expansión que el sistema punitivo tiene hacia sectores cada vez más amplios del acontecer social. Pareciera que ante cierto tipo de problemas, la única respuesta posible es un aumento de la criminalización, endureciendo un modelo que privilegia como medio para enfrentar a quienes cometen delitos, la pena de privación de libertad. Es un tema que se encuentra vigente en el debate actual.

¹ Sobre la crisis de legitimidad del sistema penal ver: Garland, David: *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005; Yacobucci, Guillermo: *La Deslegitimación de la Potestad Penal. La crítica al poder sancionador del Estado*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000; y en la doctrina nacional: Guevara, Juan Pablo y Paredes, Loreto: *Abolicionismo y Justificación del Derecho Penal*. Memoria de Prueba: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007.

Ante este panorama, surgen voces que sostienen la necesidad de reducir el sistema represivo a sus justos límites, frenando las tendencias autoritarias² mediante la búsqueda de mecanismos alternativos, no necesariamente punitivos, que cumplan los fines que el sistema penal formal no está satisfaciendo.

Una de estas propuestas va dirigida hacia la reducción del sistema penal mediante la *descriminalización* de facto producida a través de formas alternativas de resolución de los conflictos generados por la actividad delictiva, que incluya directamente a las partes involucradas en él, centrándose más en la reparación del

² El fenómeno del llamado “aumento de las tendencias autoritarias” del Derecho, es un tema particularmente en boga en el ámbito del Derecho penal, que ha venido desarrollándose en torno a ciertas medidas altamente represivas que se han introducido en distintos países, tanto para hacer frente a la criminalidad común, como a fenómenos más graves como el terrorismo. Ejemplos de ello son las medidas adoptadas en Estados Unidos conocidas como “three strikes and you’re out”, introducidas en Nueva York por el alcalde Rudolph Giuliani, y la US Patriotic Act, dictada con ocasión de los atentados al World Trade Center en 2001. Doctrinariamente, las teorías del autor alemán Günther Jakobs, y su conocida doctrina del “Derecho Penal del Enemigo” han sido divulgadas como expresivas de ese enfoque. Sobre el particular vid. Cancio Melia/Gómez-Jara Díez: “Derecho Penal del Enemigo: El Discurso Penal de la Exclusión”. Montevideo: EDISOFER S.L, 2006.

daño y la reconstrucción de los vínculos de convivencia pacífica, que en el castigo del infractor. Dentro de este marco es que se ha desarrollado la teoría y práctica de lo que se conoce como *Justicia Restaurativa*, entendiendo por ésta a una respuesta sistemática frente al delito en donde se habilita a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad, para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al crimen. Ellos llegan a ser el centro del proceso de justicia penal, con mecanismos legales adecuados a un sistema que apunta a la responsabilización del infractor, la reparación a la víctima, y la total participación de esta, el infractor y la comunidad.

Aún cuando esta forma de entender el proceso penal, abordándolo desde una perspectiva distinta a la del punitivismo que caracteriza la teoría del derecho penal tradicional, y que en este trabajo identificaremos con la “Justicia Retributiva”, viene desarrollándose desde los años '70 en el siglo pasado, lo cierto es que sólo en las últimas dos décadas él ha logrado irse extendiendo de manera meridianamente firme en algunas experiencias de derecho comparado, y especialmente se ha aplicado en el ámbito de la justicia de menores. En el último tiempo también se ha extendido a la justicia para adultos, pero de forma mucho más marginal, como tendremos oportunidad de hacer notar en el Capítulo II.

Los positivo de muchas de estas experiencias, que intentan cambiar el modo de ver el acto delictivo (mirarlo con otros “lentes” dicen algunos), ha provocado que en la ONU se siga con mucha atención su desarrollo, y se incentive su uso y expansión hacia otras regiones. Esa es precisamente una de las razones de que el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, haya elaborado en 2002 una Resolución, en la que se expresan un conjunto de principios básicos de Justicia Restaurativa que se insta a ser adoptados por los Estados.

Aunque esta Resolución no tiene un carácter vinculante, al menos ella sirve de base para demostrar que en el ámbito internacional, no son sólo voces independientes y progresistas las que abogan por el uso de sistemas alternativos y no necesariamente punitivos de resolver los conflictos penales, sino que también a nivel institucional. Incluso por parte de la Comunidad Internacional organizada, igualmente se impulsa este tipo de iniciativas. Como queda demostrado con la

Declaración de Costa Rica de 2005³, que también en nuestra región estableció principios básicos en torno a este tema.

Es por eso que hemos decidido dedicar nuestra memoria de grado al estudio de la Justicia Restaurativa, porque creemos que en gran medida ella será una solución de futuro al problema de la criminalidad, reemplazando el sistema retributivo actual, por otro más de acuerdo a los Derechos Humanos, tal y como se los concibe en el mundo moderno.

En las páginas que siguen abordaremos en general el estudio de la Justicia Restaurativa, y particularmente la aplicación que de ella se hace en el ámbito internacional y los principios que la ONU ha adoptado a este respecto.

En el primer capítulo expondremos a grandes rasgos qué es la Justicia Restaurativa, y cuales son los elementos centrales que la caracterizan. Para ello recurriremos fundamentalmente a la exposición de doctrina sobre el tema. La cual, si bien no siempre está conteste, al menos de su estudio se pueden derivar

³ Declaración de Costa Rica: Sobre Justicia Restaurativa en América Latina. Adoptada durante Seminario: Construyendo la Justicia Restaurativa en América Latina, realizado en Santo Domingo de Heredia entre el 21 y 25 de septiembre de 2005.

determinadas líneas matrices que serán útiles para comprender mejor estos mecanismos alternativos.

A continuación, en el segundo Capítulo, expondremos la forma en que la Justicia Restaurativa se ha implementado en algunos países. No obstante, dada la variedad de ellos, sólo nos referiremos a aquellos que nos resultan más interesantes de analizar, sea por la extensión o antigüedad de su uso, o por los buenos resultados que se han obtenido.

Seguidamente, en el Capítulo III, expondremos cuáles son los principios que ha adoptado el Consejo Económico y Social, ECOSOC, de las Naciones Unidas, sobre este ámbito, refiriendo especialmente el camino que se ha seguido para arribar a ellos, y cuáles han sido algunos de los pasos que se han dado con posterioridad.

Finalmente, en el Capítulo IV expondremos los mecanismos de Justicia Restaurativa que se han adoptado en Chile, y especialmente nos referiremos a dos que nos parecen los más apegados a lo que es la idea general que sobre esta forma de resolución alternativa de conflictos se maneja tanto en doctrina como en derecho comparado e internacional: los acuerdos reparatorios que contempla el Código de Procedimiento Penal, y la sanción de Reparación de los Daños, que consagra el artículo 10 de la nueva Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

En las conclusiones trataremos de hacer una valoración general tanto de la forma en que la ONU ha abordado este tema, como de los mecanismos que se han introducido en nuestro país. Exponiendo nuestra opinión respecto de si resulta adecuado o no tomar una posición firme por incorporar de manera más plena la Justicia Restaurativa a Chile, y cuales son los problemas que vemos en la forma en que hasta ahora se ha hecho.

Por último, no queremos terminar esta introducción sin antes agradecer a la distancia al profesor Rafael Blanco, cuyo libro es casi el único existente sobre la materia en nuestro medio, y nos ha servido de guía sustancial para todo el desarrollo de este tema.

CAPÍTULO I:

LA JUSTICIA RESTAURATIVA:

ASPECTOS GENERALES

1. Concepto de Justicia Restaurativa

1.1. Orígenes

Aún cuando suele citarse como antecedente de la Justicia Restaurativa, formas tradicionales e indígenas de resolución de conflictos penales⁴, y “modelos culturales ancestrales, de sociedad acéfalas”⁵, lo cierto es que quien primero usa

⁴ Consejo Económico y Social (ECOSOC): Resolución 2002/12, adoptada durante la 37ª Sesión Plenaria, el 24 de julio de 2002. Disponible en “Consejo Económico y Social: Documentos Oficiales, 2002, Suplemento N° 1 (E/2002/99 (SUPP)), Pág. 42.

⁵ Merino Ortiz, Cristina, y Romera Antón, Carlos: *Conferencias de Grupos Familiares y Sentencias Circulares: Dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma*

el término en un sentido aproximadamente similar al que se le da actualmente es el sicólogo Albert Eglash⁶. Autor que en un artículo de 1977 denominado “*Beyond Restitution: Creative Restitution*” clasificaba los modelos de justicia penal en tres grandes grupos:

- 1) Justicia retributiva: basada en el castigo;
- 2) Justicia distributiva: basada en el tratamiento terapéutico de los infractores; y
- 3) Justicia Restaurativa: basada en la restitución-reparación.⁷

restaurativo. En “EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología”, N° 12. San Sebastián: 1998, Pág. 287.

⁶ Citado por Blanco, Rafael: *Justicia Restaurativa. Marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de política pública*. En “Colección de Investigaciones Jurídicas” N° 6. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, 2004, Pág. 15; y por Díaz G., Alejandra: *Justicia Restaurativa. Concepto y modelos prácticos*. En “Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia”, Año 3, N° 6. Santiago: Ministerio de Justicia, 2004, Pág. 15.

⁷ Schmid, Donald: *Restorative Justice in New Zealand: A model for U.S. Criminal Justice*. Wellington, 2001. Disponible en <http://www.fulbright.org.nz/voices/axford/schmidd.html> (Visitado el 10 de marzo de 2008)

Para Eglash tanto el primero como el segundo modelo caen en el error de centrarse excesivamente en el autor del delito como sujeto principal de la actividad jurisdiccional, negándole a la víctima toda participación en el proceso penal. Mientras que en el último, la Justicia Restaurativa, el enfoque se centra en los efectos dañinos que tuvo la conducta del sujeto infractor, involucrando a este y a la víctima de forma activa en el proceso de reparación⁸.

La idea que sostenía Eglash de Justicia Restaurativa, había surgido a raíz de un concepto acuñado por él en los años 50 en el siglo pasado, y que había seguido desarrollando con posterioridad: la Restitución Creativa. En virtud de ésta Eglash pensaba que “*an offender, under appropriate supervision, is helped to find some way to make amends to those he has hurt by his offense, and to ‘walk a second mile’ by helping other offenders.*”⁹ Es decir, un proceso repositivo debía considerar mecanismos que permitieran al delincuente tomar un rol activo y

⁸ Díaz, *Ob. Cit.*, Pág. 16

⁹ Eglash, Albert: *Creative Restitution: Some Suggestions for Prison Rehabilitation Programs*. American Journal of Correction, N° 20, 1958, Págs. 20-34. Citado por Mirsky, Laura: *Albert Eglash and Creative Restitution: A precursor to restorative practices*. Disponible en <http://www.realjustice.org/library/eglash.html> (Visitado el 10 de marzo de 2008)

socialmente constructivo, a fin no sólo hacerse cargo del hecho cometido, sino que además se lo debía ayudar a que intentara reparar en la víctima de aquel los daños que pudiera haber sufrido, y también ayudar a otros delincuentes a que pudieran enmendar el rumbo de sus actos. Todo lo cual podría redundar en que la situación que surgiera a partir del acto delictivo fuese mejor que aquella existente antes de este.¹⁰

En lo que respecta a la relación entre el delincuente y la víctima, Eglash pensaba que la restitución creativa, al propiciar un encuentro entre ambos, permitiría no sólo una mejor satisfacción de los intereses particulares de esta, sino que además haría posible que en el futuro el delincuente pudiera tener también un mejor comportamiento en sociedad, y especialmente en lo que se refiere a sus relaciones con el resto de las personas, renovando a su vez en él un mayor respeto por sí mismo, cuestión que bajo el sistema tradicional de justicia penal no era posible alcanzar. Sobre esto afirmaba: “*At present, offenders are not encouraged to make contact with their victim at any time, either on probation, in prison, on parole or after discharge, but experience with creative restitution suggests that a*

¹⁰ *Ibíd.*

victim may become an offender's best friend, an important human resource for help in reestablishing self-respect and in reintegrating with society.”¹¹

Ahora bien, aunque en general se reconoce en Eglash la paternidad del término “Justicia Restaurativa”, lo cierto es que con el tiempo éste se ha ido llenando de contenidos. Ellos no siempre son del todo coincidentes entre si, e incluso en ocasiones varían considerablemente dependiendo del lugar en que se haga uso de este medio alternativo de resolución de conflictos. Hecho que arranca precisamente de una de las características que más celosamente se le han adjudicado a este tipo de justicia penal: estar constituida por un procedimiento “*vivo*”, en permanente cambio y evolución, que requiere ir adecuándose a las realidades particulares del momento y del lugar en donde se haga aplicación de ella.

Esta cuestión incluso ha sido reconocida durante las discusiones llevadas adelante sobre este tema al interior de Naciones Unidas, y quedó plasmada en la

¹¹ *Ibíd.*

Resolución que recoge los Principios sobre Justicia Restaurativa, adoptada por el Consejo Económico y Social de la ONU el 2002.¹²

Se ha dicho respecto de este proceso de estudio, como lo reconoce en nuestro medio Rafael Blanco, que es difícil definir a la Justicia Restaurativa de una forma capaz de abarcar todos los sistemas que bajo el alero de esta terminología se desarrollan. Y esto incluso, pese a los esfuerzos realizados por la ONU en este sentido. De ahí que a continuación, se haga necesario en este trabajo explorar (aunque sin el ánimo de ser exhaustivos) las distintas definiciones que han sido acuñadas por la doctrina, a objeto de identificar cuáles son las principales características que se le reconocen a este sistema penal alternativo y cuáles de ellas son las que concitan más apoyo, para que posteriormente intentemos arribar a una definición propia de este concepto.

¹² Ver *Infra.*, Capítulo III.

1.2. Definiciones en la doctrina

Una de las definiciones más difundidas, y a las que los autores recurren más frecuentemente para caracterizar la Justicia Restaurativa¹³, es la expuesta por el inglés Tony Marshall. Para él, la Justicia Restaurativa puede ser entendida como: “*a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future*”¹⁴.

A juicio de este autor la Justicia Restaurativa es una forma de enfrentar la resolución de problemas relacionados con la delincuencia, que involucra a las propias partes, y la comunidad en general, en una relación activa con los organismos sociales. Más que una práctica concreta es un conjunto de principios que pueden orientar la práctica general de todo organismo o grupo en relación con la delincuencia.¹⁵

¹³ Ver por ejemplo Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 10; Díaz, *Ob. Cit.*, Pág. 16; y Schmid, *Ob. Cit.* Pág. 6.

¹⁴ Marshall, Tony: *Restorative Justice: An Overview*. Gran Bretaña: Home Office, 1999, Pág. 5.

¹⁵ *Ibíd.*

De entre los principios que en opinión de Marshall informan la Justicia Restaurativa, hay 2 que nos parecen especialmente relevantes, y que en cierta forma ya se encontraban presentes en la caracterización hecha por Eglash. El primero de ellos dice relación con la inclusión de nuevos actores o partes en la resolución de los conflictos penales (particularmente la víctima y el delincuente, y también otros miembros de la sociedad que pudieron verse afectados y a quienes interesa directamente su resolución); y el segundo, muy relacionado con el anterior, es aquel que enfatiza la idea de que la Justicia Restaurativa es un proceso participativo y deliberativo, que reúne a las partes directamente afectadas por el delito con el objeto de que por medio del diálogo, el encuentro, la comunicación, y el intercambio de emociones, puedan llegar a un acuerdo, satisfactorio para todas ellas, a través del cual obtener la reparación de los efectos dañinos del acto delictivo¹⁶.

De acuerdo con esto, la Justicia Restaurativa sería una forma de dar salida a ciertos aspectos que desde hace varias décadas vienen criticándose respecto del sistema legal formal. De éste se ha dicho que expropia, o “roba” el conflicto penal a las partes, transformándolo en una cuestión de exclusivo interés estatal, sin que

¹⁶ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 10.

se consideren adecuadamente los intereses de los sujetos involucrados, y particularmente de las víctimas.

Tal y como ha hecho notar Foucault, desde la aparición del Derecho penal moderno, y particularmente en los llamados sistemas inquisitivos, es el Estado, a través de la figura del Ministerio Público, quien toma el rol más preponderante dentro del desarrollo del proceso, haciendo primar sus propios intereses, por sobre los de los involucrados, los cuales no siempre son coincidentes entre sí¹⁷; quedando especialmente excluida la figura de la víctima, quien sólo en los últimos años, y a raíz de estas críticas, ha ido renaciendo tímidamente, dentro de los procesos penales.¹⁸

¹⁷ Foucault, Michel: *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1996, pp. 75-76

¹⁸ Creemos importante señalar que en doctrina en general se habla de “renacer” o “resurgir” de la víctima, porque la exclusión de ella es algo propio del derecho penal moderno, y especialmente del surgido a raíz del establecimiento de los Estados Liberales, mientras que en tiempos más remotos a la víctima le correspondía un rol mucho más relevante, como sucedía en el derecho penal germánico.

En opinión de algunos autores, a través de este acto expropiatorio el Estado transforma a la víctima en un perdedor por partida doble, ya que, por una parte, debe sufrir la privación o el menoscabo de un bien provocado por quien ha realizado la conducta desviada, y por la otra, se le niega la posibilidad de participar en su propio conflicto, el cual en adelante le es entregado a profesionales, quienes no tienen interés real alguno en su problema¹⁹. Estos funcionarios nunca escucharían verdaderamente a las personas implicadas, y harían perder todo sentido al conflicto, que en adelante será traducido a un lenguaje técnico, marcado por el formulismo, a través del cual no es posible dar real cuenta de los hechos ocurridos, sino que se tiende a tratar todas las situaciones de una manera similar, sin considerar las particularidades de cada caso, las circunstancias que lo rodean y el estado personal de los involucrados.²⁰ Christie llega incluso a aseverar que en torno al delito se estatuye toda una cohorte de “ladrones profesionales”, es decir, personas especializadas en robarle

¹⁹ Christie, Nils: *Los Límites del Dolor*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1988, Pág. 126 y Christie, Nils: *Los Conflictos como Pertenencia*, en Maier, Julio [comp.], “*De los Delitos y de las Víctimas*”. Buenos Aires: Editorial AD-HOC, 1992, Pág. 170.

²⁰ Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline: *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984, Págs. 126-127.

el conflicto a los involucrados, entre los cuales destacan fundamentalmente los abogados (que actúan en lugar de las partes durante el juicio, utilizando sus propios argumentos y que traducen a su propio y particular lenguaje los hechos, no en la forma en que ellos ocurrieron, sino como ellos los perciben) y el “personal de tratamiento” (terapeutas, criminólogos, etc., fundamentalmente interesados en transformar la imagen conflictiva del caso en una no-conflictiva, a objeto de volver al delito en un blanco adecuado para el tratamiento).²¹

En atención a esto es que en la mayoría de las caracterizaciones que se hacen de la Justicia Restaurativa (y no sólo en la de Eglash y Marshall), uno de los puntos donde se hace mayor hincapié es en el hecho de que bajo esta forma alternativa de resolución de conflictos, se le debe dar un lugar preponderante a la víctima, y a los intereses propios de ésta, así como a los intereses propios del delincuente, y del resto de la comunidad. Privilegiándose que los problemas criminales se aborden dentro de los que es su contexto social, mediante mecanismos flexibles y creativos, que tengan por objetivo más que el castigo, una óptica tendiente a resolver los conflictos, y prevenir la futura aparición de estos.²²

²¹ Christie, Nils: *Los Conflictos como Pertenencia*, Ob. Cit., Págs. 164-165.

²² Marshall, *Ob. Cit.*, Pág. 5

A pesar de lo difundida de la definición de Marshall, ella ha sido criticada por centrarse demasiado en el proceso y las partes que en él intervienen, descuidando los resultados restaurativos que a través de esta forma de justicia se pretenden alcanzar²³. De ahí que otros escritores como Bazemore y Walgrave, adopten una definición propia, que se entiende complementaria de la elaborada por Marshall. De acuerdo con esta, sería Justicia Restaurativa: “toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito”²⁴.

Entre los aspectos destacables de la caracterización dada por estos autores, se encuentra en primer lugar el hecho de que ella sirva para distinguir entre lo que es la Justicia Restaurativa, y la tradicional Justicia Retributiva. Por cuanto, mientras en esta última la principal respuesta del sistema consiste en castigar o rehabilitar al autor del daño, en la Justicia Restaurativa eso pasa a segundo plano, ya que lo que en realidad se busca es indagar en torno a la mejor forma de reparar el daño causado, cuestión que involucra tanto a la víctima como al delincuente, e incluso al resto de la comunidad, por cuanto lo que se debe procurar, a objeto de

²³ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 11

²⁴ *Ibíd.*

que haya una reparación real, es que se tomen en cuenta los intereses de todos los involucrados, y no que la visión se centre en sólo uno de ellos, como podría ocurrir por ejemplo en el caso de que el fin del sistema se fije en la rehabilitación del delincuente.

Esta última cuestión también nos lleva a otro aspecto relevante que surge de la definición de Bazemore y Walgrave, cual es que en este modelo alternativo de resolución de conflictos penales, lo que especialmente se debe perseguir es la realización material de una ideal de justicia. Más allá de otro tipo de consideraciones, una particularidad de la idea justicia que en este caso se maneja, está en que ella, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas liberales-formales, involucra aceptar que en la definición de justicia también deben tener cabida elementos subjetivos, hecho que en los sistemas penales tradicionales muchas veces se niega, principalmente por la aplicación irrestricta del principio de legalidad, y porque en ellos lo que prima es asegurar que el procedimiento se ajuste a ciertos requisitos formales, que garanticen una igualdad en la aplicación de la ley, sin considerar otro tipo de aspectos, como las circunstancias particulares del hecho, la condición de los involucrados y los deseos o expectativas de estos. Ello no ocurre tratándose de la Justicia Restaurativa, en donde además de procurarse que sean respetados los Derechos formales de las partes, y los mínimos del debido proceso, también se da importancia a que los involucrados en

el acto delictivo y afectados por los daños derivados de este, vean satisfechos sobre todo lo que son sus intereses y necesidades. Como señala Blanco: en la Justicia Restaurativa “lo justo se determina principalmente por un sentimiento de las partes de haber sido tratadas con equidad y de sentirse satisfechas con la respuesta restauradora, más que en la aplicación correcta de un procedimiento y reglas objetivas”²⁵.

Ahora bien, sería un error creer que un procedimiento basado en la Justicia Restaurativa está ajeno a la observancia de toda regla de procedimiento. Ya que se reconoce que existen al menos unas condiciones mínimas que deben ser respetadas a fin de cautelar de forma adecuada los derechos de las partes. Si bien estas reglas podrán ser más o menos flexibles, dependiendo del modelo de Justicia Restaurativa que se adopte, algunas consideradas básicas son las siguientes:

→ *Cautelar que la participación de las partes en ella sea voluntaria y no sujeta a coerción.* Ya que sería muy difícil que se materializara realmente la reparación si a una de ellas se la obligara a concurrir a estos procedimientos, puesto que *v. gr.* tratándose del delincuente,

²⁵ *Ibíd.*

para que la restauración sea posible es necesario, primeramente que acepte la responsabilidad por el hecho cometido, y reconozca en el otro a la víctima de un daño por él causado, cuestión que no ocurriría si este fuera obligado a participar en alguno de los mecanismos de aplicación de la Justicia Restaurativa, como podría ser un proceso de mediación.

→ *Procurar que los acuerdos que se tomen sean lo más razonables posible, y proporcionales a la gravedad del daño causado y a la capacidad y responsabilidad personal del imputado.* Esta regla es aplicable tanto a la víctima como al delincuente, ya que en ambos casos lo que se busca es cautelar sus intereses y derechos básicos. Tratándose de la víctima a ella le importará que la reparación recibida como resultado de un procedimiento restaurativo, otorgue una satisfacción adecuada a lo que eran sus expectativas al comenzar este, cuestión que no sucederá si a esta *v. gr.* se le entrega en compensación algo mucho menor al daño recibido, o al menos a lo que ella espera (lo que no siempre será necesariamente una compensación económica, ya que en algunos casos puede incluso sólo ser una compensación moral). En cuanto al delincuente, claramente de esta regla se desprende que de los procedimientos no

podrá derivar para él un resultado que sea desproporcionado al daño cometido por su acto. Así por ejemplo, no podría ser impelido a cancelar una compensación que vaya muy por encima de sus capacidades económicas, u conminado a realizar una prestación (como un trabajo voluntario para la víctima) que implique una excesiva gravosidad para él y que no sea meridianamente equivalente al daño que ha provocado.

→ *Para aquellos casos en que se deba imponer como resultado de un proceso restaurativo una respuesta coercitiva, se deberán respetar los principios del debido proceso, legalidad y proporcionalidad.* Esto porque se trata de principios destinados especialmente a cautelar los derechos de las personas a quienes se les imputa la comisión de un hecho delictivo, cuya elaboración y adopción legislativa se entiende que es un elemento clave de los sistemas penales propios de los Estados de Derecho democráticos. De alguna manera puede aceptarse que su uso se flexibilice un poco tratándose de casos en que los resultados del procedimiento involucren la realización de un hecho voluntario de parte del acusado. Pero no ocurre lo mismo cuando se le impone coercitivamente que realice una prestación (como podría ser un trabajo comunitario, que en caso

de no realizarse sea pagable con encarcelamiento, como sucede en el actual procedimiento de justicia penal adolescente en nuestro país). En este caso, ya que se está actuando en contra de su voluntad, se debe cautelar que sus derechos más básicos no sean vulnerados por la medida que le sea impuesta, asignándole una sanción superior al daño efectivamente causado, o por un hecho que en la legislación no sea considerado delictivo.

La definición que manejan Bazemore y Walgrave es importante porque al señalar que la Justicia Restaurativa es “toda acción orientada principalmente a...” se considera dentro de ella tanto los resultados reparadores (compensación, reparación, reconciliación, disculpas, etc.), como los procesos restaurativos (conciliación, mediación, conferencias comunitarias, etc.).

Como destaca Rafael Blanco, esta forma amplia de entender el concepto de Justicia Restaurativa permite incluir dentro de ella “no sólo los procedimientos deliberativos, informales y voluntarios que tienen lugar fuera o en paralelo al sistema de justicia penal formal, sino que también a aquellos resultados de

naturaleza restaurativa que emanan de procesos formales, coercitivos y con intervención judicial”.²⁶

Adoptar una concepción amplia de Justicia Restaurativa como la que arriba se expone, significa aceptar que dentro del sistema de justicia penal tradicional también se pueden alcanzar resultados restaurativos, y por tanto ambos sistemas de justicia, la tradicional y la restaurativa, no serían necesariamente excluyentes entre sí, sino que pueden incluso aplicarse de forma conjunta, debiendo privilegiarse dentro de los sistemas de justicia penal formal, aquellas medidas que puedan implicar un resultado restaurativo, por sobre aquellas que poseen un fin meramente coercitivo. Blanco agrega: “Compatibilizar a la Justicia Restaurativa con procesos coercitivos judiciales supone que lo propiamente restaurativo radicará en los resultados (*v. gr.*, reparación, restitución, etc.) y no tanto en los procesos, por cuanto estos últimos requerirán de elementos de voluntariedad en la participación”²⁷.

²⁶ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 12.

²⁷ *Ibíd.*

Aún cuando entre la doctrina no existe un total acuerdo en cuanto a si es posible o no que coexistan Justicia Restaurativa y coercitiva, lo cierto es que si se tomara un concepto mas restrictivo de Justicia Restaurativa, que el adoptado por Bazemore y Walgrave, que llamara tal sólo a procedimientos “puros”, es decir, que se desarrollen fuera del sistema penal formal, bajo sus propias reglas y en que las partes intervengan sólo voluntariamente, podría traer como consecuencia que esta forma alternativa de resolución de conflictos fuere condenada a una aplicación sólo marginal, sin tener real relevancia dentro del sistema penal en su conjunto. En cambio, una concepción más amplia, permite que los elementos de Justicia Restaurativa se vayan introduciendo paulatinamente dentro de los sistemas penales, tal y como en cierta forma ha ido ocurriendo, especialmente en ámbitos como el Derecho penal juvenil.

La idea de que un elemento central dentro de cualquier caracterización de Justicia Restaurativa se halla en que a través de ella se convoca tanto a víctima como a infractor a concurrir en la búsqueda de una solución al conflicto, se encuentra en la mayoría de los autores que abordan el estudio de este sistema alternativo. Howard Zehr por ejemplo, pone el énfasis precisamente en que la Justicia Restaurativa más que una serie de procedimientos, constituye una nueva forma de mirar el mundo, o como prefiere graficarlo: unos “nuevos lentes” a través de los que observar las cosas de una forma distinta. Estos “*restorative lens*”

de que habla Zehr permitirían ver que el crimen es una violación a las personas y sus relaciones, que crea la obligación de hacer en adelante las cosas bien. Por tanto esta forma de Justicia debe involucrar a la víctima, el delincuente y la comunidad en la búsqueda de soluciones que promuevan la reparación, la reconciliación y la tranquilidad.²⁸ Es decir, Zehr sostiene que en la Justicia Restaurativa, lo que se debe privilegiar son las personas por sobre las normas, de ahí que son aquellas las que deberán jugar un rol fundamental en la resolución del conflicto.

Por su parte Donald Schmid, también pone el acento en las personas al dar su propia definición de Justicia Restaurativa. Señala precisamente que esta es un sistema o conjunto de prácticas en que el objetivo principal debe ser la curación de las heridas que el delito ha causado o revelado en la víctima, el delincuente y las comunidades.²⁹

²⁸ En Gabbay, Zvi: *Justifying Restorative Justice: A Theoretical Justification for the Use of Restorative Justice Practices*. Disponible en <http://www.realjustice.org/library/justifyingrj.html> (Visitado el 8 de marzo de 2008)

²⁹ Schmid, Ob. Cit., Pág. 5.

Finalmente, hay autores que más que hablar de un sistema o procedimiento, prefieren usar el término Justicia Restaurativa para referirse a un *movimiento*, que busca la transformación de los sistemas penales a través de un cambio de paradigma, en que el castigo y la retribución dejen de ser el fin último de ellos y se centra en la relación víctima victimario.

En este sentido se pronuncian por ejemplo Cristina Merino y Carlos Romera, quienes la definen como: “un movimiento que pretende el cambio de paradigma dentro de los sistemas de justicia penal, superando el actualmente arraigado sistema retributivo e implementando un sistema de justicia basado en modelos culturales ancestrales, de sociedades acéfalas.”³⁰ Además agregan que para los partidarios de este movimiento “se considera que el encuentro cara a cara entre el victimario con su familia, con la víctima y con la comunidad puede ser más beneficioso para que éste asuma responsabilidad por su acción, que el pasar un tiempo encerrado en un centro correccional”³¹, con lo cual se realza la idea de que la Justicia Restaurativa pretende ser, entre otros, una alternativa a los sistemas penales basados en el encierro.

³⁰ Merino y Romera, *Ob. Cit.*, Pág. 287.

³¹ *Ibíd.*

En el medio latinoamericano, Javier Llobet también se refiere a la Justicia Restaurativa como un movimiento “que enfatiza la ofensa a la víctima que supone el delito, de modo que se considera que la misma debe intervenir en la resolución del conflicto, ello a través de una mediación comunitaria, en la que interviene por el otro lado el autor del hecho delictivo. Se le da importancia fundamentalmente a la conciliación víctima-autor, más que a la imposición de una sanción o pena”³². Para este autor, una idea central de los partidarios de este movimiento está en considerar al delito principalmente como un quebrantamiento de la paz, y por tanto el objetivo de la Justicia Restaurativa será concurrir al restablecimiento de esa paz quebrantada, para lo cual será menester proceder a la sanación de las heridas que el acto delictivo ha causado en la víctima, en el autor de él y en la comunidad, dándoseles a estos últimos la oportunidad de participar activamente en el proceso que lleve a dicha sanación.³³

³² Llobet, Javier: *Justicia Restaurativa y la Protección de la Víctima*. En <http://www.pensamientopenal.com.ar> (2 de marzo de 2008).

³³ *Ibíd.*

1.3. Opinión de los autores

Aún cuando en doctrina las definiciones que se dan de Justicia Restaurativa son variadas, creemos que las diferencias existentes entre ellas son más bien de matices, ya que la mayoría confluye en señalar ciertos aspectos comunes que sirven para caracterizar de forma más o menos aceptable esta forma de Justicia.

Más allá de las razones históricas que llevan a hablar de la Justicia Restaurativa como un movimiento, creemos que dada la extensión que progresivamente va alcanzando su uso, es más propio hablar de un sistema particular y alternativo, fundamentado en un conjunto de principios que tienen como norte involucrar a los efectivamente afectados por un hecho delictivo para que participen de manera directa en la reparación y restauración de los daños que ha dejado el delito, en vista a restablecer la paz que aquel ha trastornado.

En cuanto a los elementos que conforman la Justicia Restaurativa, creemos que no se los puede pretender caracterizar de una vez y para siempre, ya que una de las particularidades más destacables de este sistema alternativo de resolver conflictos, se encuentra en la flexibilidad de sus contenidos, cuestión que lo transforma en un sistema vivo, y no tan anquilosado como en general ocurre con los sistemas de justicia penal formal. La flexibilidad que se le reconoce a la

Justicia Restaurativa, permite que ella se vaya adecuando a las condiciones históricas y sociales en que deba ser aplicada, tomando a su vez en cuenta la idiosincrasia y las características particulares que pueden tener las personas que se vean involucradas en un hecho delictivo, cuestiones todas que resultan fundamentales a la hora de pretender restablecer adecuadamente la paz que vino a entorpecer el delito.

A través de la Justicia Restaurativa lo que se quiere es procurar que el conflicto generado por el acto delictivo sea efectivamente resuelto, y no ocurra como en el sistema penal tradicional, en que al ser el encierro casi la única respuesta posible, en el fondo sólo se preocupa de castigar al delincuente o rehabilitarlo, sin pensar que con el acto delictivo se han visto afectadas una multiplicidad de factores que no se resuelven con el sólo encarcelamiento del autor de ellos. Particularmente si se toma en consideración que no siempre el encierro del delincuente hará que la víctima se vea satisfecha en sus pretensiones, y éste tampoco habrá de ser suficiente para satisfacer las necesidades sociales, ya que la prisión en ningún caso soluciona la situación generada por el delito, sino que sirve sólo para ocultarla temporalmente.

En función de lo anterior nos sentimos inclinados a aceptar un concepto amplio de Justicia Restaurativa que incluya tanto los procesos como los

resultados restaurativos, y que enfatice a la reparación del daño como el valor fundamental de esta clase de sistema. Como señala Blanco³⁴, esto último debería ser el concepto límite de la Justicia Restaurativa. Según un sector de la doctrina, es perfectamente posible hablar de Justicia Restaurativa aún en aquellos casos en que, si bien no se han seguido de acuerdo a procedimientos restaurativos (*v. gr.* el asunto no se sometió a mediación sino que se lo tramitó de acuerdo al procedimiento penal tradicional), el resultado final sí es reparatorio (*v. gr.*, que la condena impuesta por el juez no sea la privación de libertad sino trabajos comunitarios, o la prestación de algún servicio en beneficio de la víctima).

2. Características generales de la Justicia Restaurativa

Aún cuando resulte complejo exponer una fórmula única que permita describir a la Justicia Restaurativa, dada las particularidades que adquiere dependiendo del modelo que se adopte, creemos que se pueden extraer un conjunto de características básicas de lo antes expuesto, o si se quiere, principios orientadores mínimos que sirvan para identificar de mejor forma los casos en que nos encontramos efectivamente frente a un procedimiento o resultado restaurativo.

³⁴ Blanco, *Ob. Cit*, Pág. 15

Estas características generales serían las siguientes:

- En la Justicia Restaurativa al acto delictivo más que de naturaleza ontológica se lo reconoce como una violación a las personas y a las relaciones interpersonales. Hecho que la diferencia de la Justicia Retributiva, en que al delito se lo mira fundamentalmente como una violación de normas, que le atribuyen al acto delictivo un carácter intrínsecamente dañoso que debe ser sancionado. La Justicia Restaurativa no es el “Estado” o la “sociedad” en su conjunto la que se entiende dañada con la infracción, sino que la víctima es la persona concreta.
- Dado que víctimas son siempre las personas, en todo momento se debe procurar de manera prioritaria que sean éstas las que reciban la reparación por el mal recibido. Uno de los objetivos centrales de la Justicia Restaurativa es la reparación del daño.
- Pero no sólo es prioritario procurar la satisfacción de las necesidades de la víctima, sino que también se debe procurar una real cautela de los derechos del ofensor. Lo que implica no sólo un reconocimiento a sus derechos “formales”, sino también a sus propias necesidades y particularidades, asumiéndolo como un sujeto integral.

- El fin de la Justicia Restaurativa no es el “castigo”, sino la “reparación”, por tanto el uso de medidas como el encarcelamiento no es algo prioritario, sino que se debe preferir toda aquella que implique la posibilidad de resolver efectivamente el conflicto, satisfaciendo los intereses de los involucrados, y no sólo dar respuesta a determinadas expectativas sociales o alcanzar el cumplimiento de objetivos de prevención general negativa.
- A diferencia de lo que ocurre en la Justicia Retributiva, en que el eje del debate se centrará en la relación “Estado-sociedad-delincuente”, en la Justicia Restaurativa el objetivo central de todo procedimiento habrá de ser el trinomio “víctima-ofensor-comunidad”, en ese orden de prioridad.
- A más de la víctima y el ofensor, en la Justicia Restaurativa también se le reconoce un rol preponderante a la comunidad, entendida no como el ente abstracto y global llamado “sociedad”, sino como algo mucho más cercano, representado fundamentalmente por el entorno próximo de los involucrados (su “prójimo”) y por las personas que han sido de una u otra forma afectados por la intromisión del acto delictivo y tienen por ello un interés real en la resolución del conflicto.

→La comunidad asume un rol preponderante en las actividades preventivas enfocadas a evitar nuevos ilícitos, ya que es la que mejor conoce las situaciones y el contexto en que el ilícito se ha producido y por tanto se encuentra en mejores condiciones para poder determinar los mecanismos adecuados para que ello no vuelva a ocurrir.

→En tanto el delito es una situación problemática que ha venido a entorpecer las relaciones de los individuos involucrados, y el objetivo de la Justicia Restaurativa es reparar y restablecer esas relaciones, la participación en los procesos que para ello se establezca deben ser siempre voluntarios, tanto para víctima como ofensor, ya que a estos les cabrá una participación preponderante en ellos, no pudiendo cumplirse los objetivos si actúan coaccionados. Pues de esa forma el ofensor no reconocerá su responsabilidad, y la víctima no verá satisfechas sus expectativas de reparación del daño.

→Para que puedan cumplirse los objetivos de la Justicia Restaurativa es necesario que el ofensor asuma su responsabilidad. Sin embargo, en este caso, a diferencia de lo que ocurre en la Justicia Retributiva, la culpa del ofensor no se ve como algo absoluto, sino que relativo, y por tanto debe analizarse en el contexto material y personal del individuo

infractor, entendiéndose que su culpa puede ser removida a través del arrepentimiento y la reparación.

→ Como la Justicia Restaurativa pretende abordar el delito no desde una perspectiva meramente “técnica y formalista” como la Justicia Retributiva, sino con sus particularidades propias y de contexto, asumiendo las diferencias existentes entre las personas y la multiculturalidad, las respuestas elaboradas desde ella deben ser siempre flexibles, para poder adaptarse a las particularidades propias de una situación determinada. Aunque ello no implica despojar a la Justicia Restaurativa de todo formalismo, sino que éstos se deben limitar exclusivamente a los que sean estrictamente necesarios para cautelar los derechos de los intervinientes.

→ En la Justicia Restaurativa se da una fuerte preeminencia al componente valórico, de ahí que conceptos como el “perdón” y el “arrepentimiento” se tengan siempre en alta estima, a diferencia de lo que pasa en la justicia retributiva en que ellos son sólo elementos secundarios, que muchas veces ni siquiera son considerados, o incluso son desincentivados.

→A fin de que el conflicto sea efectivamente resuelto, y de que se produzca positivamente el perdón y el arrepentimiento, recomponiendo las relaciones personales y sociales, en la Justicia Restaurativa se privilegian aquellos mecanismos dentro del proceso que incentiven el diálogo y el encuentro entre los involucrados, para que a través de ellos se reconozca al otro como un semejante y en función de esto se adopten las medidas que se estimen pertinentes para reparar el daño causado.

3. Justicia Restaurativa y Sistema Internacional de los Derechos Humanos

Aunque como veremos más adelante, en la actualidad aún no existe un instrumento internacional vinculante, que obligue a los países a introducir en sus legislaciones instituciones de Justicia Restaurativa, lo cierto es que en algunos de los documentos que conforman el sistema internacional de los Derechos Humanos se puede apreciar una progresiva adopción de algunos elementos que pueden ser identificados como propios de la justicia restaurativa. Esto en donde se hace más evidente es respecto de la justicia penal juvenil, en donde la mayor parte de las tendencias van enfocadas a provocar su desformalización y el privilegio de las salidas alternativas por sobre el encarcelamiento de los menores infractores.

Así por ejemplo ocurre con el artículo 40 inciso 3.b) de la *Convención sobre los Derechos del Niño* el cual, en la línea de desformalizar los procesos, establece que los Estados promoverán: “Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán los derechos humanos y las garantías legales”³⁵.

Otra norma internacional que va en la misma línea de desformalizar el derecho penal adolescente, es la de la Regla N°11 de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*, que dispone:

“11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra (sea corte tribunal, Junta, Consejo, etc.), para que los juzguen oficialmente.

“11.2 La policía, el Ministerio Público y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos

³⁵ *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989.

casos discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, 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 tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así lo solicite.

“11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de víctimas”.³⁶

Por su parte, en lo que respecta a privilegiar el uso de salidas alternativas a la prisión como sanción para el joven infractor, las *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad*, en su apartado 1.2 señala que: “La privación de libertad de un menor deberá decidirse como

³⁶ *Reglas mínimas de las Naciones Unidas Para la Administración de la Justicia de Menores ("Reglas de Beijing")*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.”³⁷

En el mismo sentido, el numeral 18.1 de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas de la Justicia de Menores*, dispone que:

“18.1 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 pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

“a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión;

“b) Libertad vigilada;

“c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad;

³⁷ *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990

“d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;

“e) Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;

“f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;

“g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;

“h) Otras órdenes pertinentes.

“18.2 Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.”³⁸

En lo que se refiere a la justicia de adultos, si bien el uso de elementos de justicia restaurativa no se encuentra consagrado a nivel internacional de manera tan amplia como en la justicia penal de menores, si se pueden encontrar algunos ejemplos de instrumentos internacionales que le consagran. Así por ejemplo

³⁸ *Reglas mínimas de las Naciones Unidas Para la Administración de la Justicia de Menores ("Reglas de Beijing"), Ob. Cit.*

ocurre con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), el cual expresamente se manifiesta a favor de usar la prisión sólo como ultima ratio al disponer en su numeral 1.5 que: “Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.”³⁹

Y finalmente, en lo que respecta a la ampliación de los derechos de las víctimas dentro del proceso penal (que es uno de los caracteres distintivos de los objetivos la Justicia Restaurativa) se pueden mencionar:

- 1) La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la

³⁹ *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

Asamblea General de la ONU en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985;

- 2) La Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de Septiembre de 1987, Sobre la Asistencia a las Víctimas y la Prevención de la Victimización; y
- 3) La Decisión marco del Consejo de Europa 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal

CAPÍTULO II:

LA JUSTICIA RESTAURATIVA

EN EL DERECHO COMPARADO

Como hemos señalado en el Capítulo anterior, uno de los aspectos que caracteriza a la Justicia Restaurativa es que los procedimientos y mecanismos que se consideran procedentes para materializarla, son flexibles; pues más que la “forma” lo que realmente vale es el fondo que está tras este sistema, lo que se traduce fundamentalmente en la solución efectiva de los conflictos penales, la reparación de la víctima y el restablecimiento de la paz social, y ello en base a valores trascendentes como el perdón y el arrepentimiento.

En atención a esta flexibilidad de la Justicia Restaurativa destaca el hecho de que, si bien se ha ido extendiendo progresivamente por diversas regiones del mundo, ha adquirido manifestaciones muy particulares, generalmente adaptadas a las situaciones propias del territorio donde ella se quiere aplicar, pudiendo variar

incluso sus manifestaciones al interior de un mismo país, aplicando procedimiento diversos en distintas regiones de aquél, como ocurre en Australia.

En tanto resulta muy complejo pretender fijar unos mecanismos y principios que sean únicos para la implementación de la Justicia Restaurativa, consideramos importante en esta memoria exponer un panorama general de cómo esta forma alternativa de justicia penal ha ido siendo adoptada por diferentes países. No obstante, advertimos que dada la disparidad y proliferación de sistemas y modelos, en las siguientes páginas nos centraremos sólo en aquellas experiencias que, a nuestro juicio, resultan más interesantes.

1. Canadá

Canadá es considerado el primer país en el cual un sistema penal moderno optó por hacer uso de la Justicia Restaurativa a fin de dar solución a los conflictos penales.

En 1974, ante un caso ocurrido en Kitchener, Ontario, en el que dos jóvenes fueron sorprendidos luego de realizar variados actos de vandalismo que afectaron a 22 viviendas, incluidas dos iglesias, el tribunal de justicia competente, ante el reconocimiento de los hechos por parte de los ofensores y sus notorias muestras de arrepentimiento, en lugar de aplicarles el sistema penal formal y someterlos a encarcelamiento, optó por seguir una sugerencia de miembros de la

Iglesia Menonita, en virtud de la que se propuso que los jóvenes llevaran a cabo encuentros cara a cara con las víctimas de sus actos vandálicos, y acordaran con ellas una forma de reparar el mal causado y así dar por superado el conflicto. La actividad se llevó a cabo, debiendo concurrir los jóvenes a las casas de cada uno de los afectados, con quienes negociaron la forma de resarcir los perjuicios ocasionados. Con el resultado que pasados 6 meses, los jóvenes ya habían satisfecho a cada una de sus víctimas, compensando así sus deudas con ellas y con el resto de la comunidad.⁴⁰

Los buenos resultados extraídos de este caso llevaron a los menonitas a crear un programa denominado *Victim Offender Reconciliation Program* (VORP), a través del que se intentó repetir esta experiencia, facilitando la resolución de los conflictos penales a través del encuentro directo entre víctima y ofensor en todas aquellas ocasiones en que fuera posible. Además, 4 años más tarde, miembros de la Iglesia Menonita de Elkhardt, Indiana, importaron el

⁴⁰ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 36; y Rendon, *Josefina, Mediación entre víctima y ofensor*. En línea: http://www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm (Visitado el 26 de febrero de 2008).

sistema a Estados Unidos, dando origen a los programas de mediación víctima-ofensor en ese país.⁴¹

Con el correr del tiempo, y a instancia de numerosos grupos, especialmente ligados a las iglesias y a las comunidades aborígenes, la justicia canadiense fue haciendo propios los intentos por ampliar el campo de aplicación de la Justicia Restaurativa, extendiéndola a todo el país como parte de una política institucional impulsada también por el Gobierno. Es así que en 1996 se dio a esta forma alternativa de resolución de conflictos reconocimiento federal, incluyéndosela dentro del proceso de reforma del Código Criminal canadiense, en la Sección 718(2)(e) de la parte XXIII, que establece los principios de la sentencia y los factores individuales que la Corte debe tener en cuenta, disponiendo que “debía tenerse en consideración la posibilidad de aplicar medidas alternativas al encarcelamiento y que debía dársele particular atención a los criminales aborígenes”⁴².

⁴¹ Rendon, *Ob. Cit.*

⁴² Bach, Katherina: *Análisis de Aplicaciones de Justicia Restaurativa en el Mundo*, Pág. 10. En Línea: <http://www.restorative-justice-colombia.org/pages/article.php?l=es&id=6> (Visitado el 26 de febrero de 2008)

Según un catastro realizado en Canadá, para 1998 se contaba ya con más 200 programas enmarcados dentro del ámbito de la Justicia Restaurativa, convirtiéndolo así en uno de los países líderes en la materia⁴³, cuestión que sería confirmada durante el proceso que dio como resultado la adopción del instrumento de Principios Básicos sobre Justicia Restaurativa por parte del Consejo Económico y Social de la ONU en 2002, en el que Canadá jugó un rol relevante.

Esta proliferación de programas hace que sea muy difícil generalizar respecto a las formas que ha adoptado la Justicia Restaurativa en Canadá. No obstante, y sin ser exhaustivos, siguiendo a Bach y Blanco podemos señalar los siguientes como aquellos programas más relevantes:

1.1. *Victim-Offender mediation (VOM):*

Sigue el modelo originado en el experimento Kitchener. En él, víctima y agresor son reunidos en privado con el objeto explorar un posible acuerdo que ponga fin al conflicto entre ambos. A las partes se les otorga una amplia libertad

⁴³ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 37.

para decidir las bases de arreglo que les parezcan más justas, acordes a derecho y compatibles con la comunidad.⁴⁴

1.2. Family Group Conferencing (FGC) [Conferencias de Grupos

Familiares]:

Consiste en una forma de mediación en que además de los directamente involucrados, otras personas son convocadas a participar, como representantes comunitarios o vecinales y miembros de las familias respectivas. En este caso se contempla la participación de facilitadores, cuya misión es encausar el debate, propiciando que las personas que participen en el programa puedan expresar con libertad sus sentimientos frente a lo sucedido, generando los espacios de encuentro que sean menester para que sea zanjado el incidente.⁴⁵

1.3. Community Circles (CC):

Se basan en antiguas prácticas indígenas, y son de marcado carácter ritual. A través de ellos se reúne a todos aquéllos que interesa la resolución del conflicto: el juez, el abogado defensor, el persecutor, el oficial de policía, la

⁴⁴ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 45-46.

⁴⁵ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 46; Bach, *Ob. Cit.* Pág. 12

víctima, el ofensor, los familiares de ambos y los residentes de la comunidad; quienes se ubican en una especie de asamblea circular, en la que se discute acerca de la situación ocurrida y se proponen las formas que se consideran más adecuadas para remediar el mal causado, pudiendo acordarse un plan de acción para este efecto, que incluya tanto mecanismos de protección a futuro de la comunidad, como medidas de rehabilitación para el ofensor.⁴⁶

Creemos importante destacar que el sistema canadiense de Justicia Restaurativa es importante no sólo debido a que ha sido pionero en la implementación de estos modelos de resolución alternativa de conflictos, sino también porque él, a diferencia de lo que ocurre en otros países, goza de una amplia legitimidad, que le ha sido otorgada por la propia ciudadanía canadiense, quien en las últimas décadas ha manifestado su interés en que los conflictos penales se traten por vías alternativas a la justicia formal; situación que como apunta Blanco se debe precisamente a que este modelo se considera efectivo y

⁴⁶ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 47; Bach, *Ob. Cit.* Pág. 13.

ágil, no sólo para atender a situaciones ya acaecidas, sino que también como medio de prevenir la ocurrencia de nuevos ilícitos⁴⁷.

De igual forma, en el sistema canadiense es destacable que si bien el uso de la Justicia Restaurativa surgió a raíz de iniciativas privadas impulsadas especialmente por organismos religiosos, con posterioridad y hasta ahora, ha sido el propio Gobierno de ese país el que ha jugado un rol preponderante en la difusión y propagación de los programas de Justicia Restaurativa, fijando estándares, políticas y líneas matrices, así como también proporcionando investigación empírica, financiamiento y soporte técnico para que estos se lleven adelante. Labores todas en las que el Gobierno no ha actuado de forma centralista y vertical, sino que ha propiciado los canales para que, en lo posible, sea la comunidad la que tenga la oportunidad de participar en el tratamiento, resolución y prevención de los conflictos.

Un rasgo relevante del sistema canadiense, es que en él a la Justicia Restaurativa se la ha empapado de un marcado carácter multicultural y de reconocimiento de la diversidad, cuestión que tiene especial relevancia cuando se trata de llevar ante la justicia hechos ocurridos entre las comunidades indígenas

⁴⁷ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 40

que habitan en ese territorio. Pero el asunto no queda ahí, sino que dadas las particulares formas de composición de la población de Canadá y la historia de ese país, compuesto especialmente por inmigrantes, los programas de Justicia Restaurativa poseen el sello distintivo de ser un medio alternativo que permite reconocer la diversidad y heterogeneidad de quienes se ven involucrados en hechos delictivos, respetando su libertad individual y colectiva. De esta forma, la Justicia Restaurativa también se transforma en un medio idóneo para favorecer y compartir el patrimonio y la identidad cultural propias, fomentar la participación, el respeto y el intercambio comunitario, y para “promocionar el desarrollo de diferentes identidades colectivas desde los ámbitos moral y jurídico, favoreciendo la comprensión mutua y la creatividad intercultural resultante”.⁴⁸

El hecho de que en Canadá se le haya prestado particular atención a los sistemas tradicionales y ancestrales de resolución de conflictos de las comunidades indígenas, que en muchos casos han servido de base o fuente de inspiración para implementar posteriormente programas de Justicia Restaurativa, como ocurre por ejemplo en los ya mencionados *Community Circles*, ha redundado en que se le imprima un mayor acento a la participación de la

⁴⁸ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 42.

comunidad, y se le otorgue una mayor valoración a los intereses de la colectividad por sobre los intereses individuales. Prestándose gran atención a la mantención y resguardo de las “buenas relaciones al interior del clan o grupo de familias, como entre víctima y agresor, de modo que el equilibrio se alcanza cuando unos y otros se dan por satisfechos con los acuerdos adoptados para reparar el mal causado y preservar la paz”⁴⁹; cuestiones todas que se logran de una forma mucho más satisfactoria cuando se tiene una visión más integral de las causas reales y consecuencias de los hechos, situación que habitualmente no ocurre en los sistemas de justicia tradicional, o al menos no con la preeminencia que alcanzan en el modelo de la Justicia Restaurativa, particularmente en la variante adoptada por el sistema canadiense.

2. Nueva Zelanda

Aplica un sistema tan antiguo como el de Canadá, de forma que el modelo de Justicia Restaurativa neozelandés puede ser considerado tan importante como el de aquél, especialmente a nivel internacional, en cuanto a sus buenos resultados obtenidos y a que sus postulados han servido de directrices

⁴⁹ *Ibíd.*

para la implementación de programas de Justicia Restaurativa en varios otros países, como Bélgica, Australia e Irlanda del Norte.⁵⁰

En el país del Pacífico, el comienzo en el uso de las prácticas de Justicia Restaurativa se remontan a fines de la década del 80, en el siglo pasado, teniendo sus primeras manifestaciones principalmente en el ámbito de la justicia para jóvenes infractores.

Nueva Zelanda es un país multicultural, con una fuerte presencia de tres grupos fundamentales: cristianos, maorís y samoanos. Dado el proceso de colonización extranjera que sufrió este país, particularmente europea, la mayoría de las instituciones de justicia penal respondían al modelo occidental, especialmente en su variante del derecho anglosajón. Esto trajo como consecuencia el malestar de la población aborigen existente, la que de forma reiterada había manifestado no sentirse interpretada por las instituciones que resolvían sobre sus asuntos, y en especial respecto de aquellos en que se veían involucrados jóvenes miembros de la etnia maorí. Por cuanto en la generalidad de los casos en que ello ocurría, los jóvenes eran separados de sus familias e

⁵⁰ Bach, *Ob. Cit.*, Pág. 4.

ingresados en instituciones estatales, acarreado un problema muy grave con las tradiciones y creencias aborígenes respecto de la familia y su descendencia.⁵¹

A fin de dar salida a esta situación, en 1989 el gobierno neozelandés adoptó la *Children, Young Persons and Their Families Act*, por medio de la que se introdujeron las *Family Group Conferences* (FGC), en que la familia del infractor juega un rol preponderante. Si bien estas estuvieron en un principio reservadas sólo para las situaciones de cuidado y protección de los menores, con posterioridad se les hizo aplicable también a los casos de justicia penal juvenil.

Dado los buenos resultados obtenidos con el uso de las FGCs en el ámbito de la justicia de menores, en los '90 el Gobierno decidió ampliar el uso de estas prácticas (que habían sido tomadas fundamentalmente de la ancestral tradición maorí) e incorporarlas también al ámbito de los procedimientos penales de adultos. Sin embargo, no sería sino hasta entrada la década de '2000, que no existiría un reconocimiento estatutario formal de los principios de Justicia Restaurativa en la generalidad del sistema de justicia penal neozelandés, cuestión

⁵¹ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 29.

que se produjo fundamentalmente a través de la *Sentencing Act 2002*, *Parole Act 2002*, y la *Victims' Rights Act 2002*.⁵²

En la actualidad, existen en Nueva Zelanda muchos programas inspirados en los principios de Justicia Restaurativa que son aplicados en todo el país; que en general cuentan con un amplio grado de legitimidad entre la población, en cuanto se ve en ellos una forma de permitir la integración entre las diferentes raíces culturales reconociendo el multiculturalismo, y en la que se involucra no sólo a víctima y ofensor en la resolución del conflicto, sino también al resto de la comunidad y a organismos estatales, todo ello con miras, más que a buscar una sanción en el infractor, de evitar la comisión de hechos delictivos futuros.

Respecto de los modelos de Justicia Restaurativa utilizados en el sistema neozelandés, si bien ellos son variados, pueden ser agrupados en dos fundamentales:

⁵² New Zealand, Ministry of Justice: *Restorative Justice in New Zealand: Best Practice*. En línea: <http://www.justice.govt.nz/restorative-justice/parta.html> (Visitado el 8 de febrero de 2008)

2.1. Family Group Conferences:

Como ya se señaló, esta fue la primera forma de resolución de conflictos adoptada en Nueva Zelanda que incorporó los principios de Justicia Restaurativa, con el fin de tratar casos en que los infractores fueran jóvenes. En ellas participan además de la víctima y el infractor, un grupo importante de los miembros de la familia de este último, así como su abogado defensor, autoridades de policía y un facilitador independiente.

La idea fundamental que hay en este sistema, es que el juez, una vez comprobado por los medios legales la efectiva ocurrencia de un hecho penalmente reprobable, y antes de adoptar cualquier medida sobre el mismo, envíe al joven infractor ante un foro en el que se reúnen las personas antes señaladas, y en el que se debe escuchar tanto al infractor, como a la víctima, y a los demás participantes, quienes cuentan con una amplia flexibilidad y libertad para discutir acerca del caso y proponer soluciones para reparar el mal causado, a fin de que el infractor asuma su responsabilidad por lo ocurrido.

Ahora bien, aunque el juez se encuentra obligado a enviar al joven a estas conferencias, ello no podrá hacerse sino hasta que se haya decidido sobre su situación jurídica, esto es, que se determine la participación del mismo en los hechos que se le imputan. Si ante la primera audiencia el joven reconoce lisa y

llanamente su responsabilidad, entonces el juez deberá remitirlo de inmediato ante el FGC. No obstante, si ello no ocurre, previó a enviarlo a la Conferencia se deberá resolver acerca de si a éste le ha cabido o no algún grado de responsabilidad en los hechos que se investigan.

Además del encuentro entre víctima e infractor, el modelo neozelandés presenta también la particularidad de que antes de que la FGC tome cualquier resolución se le permita al joven reunirse con su familia a solas a fin de discutir sobre el asunto y elaborar un plan de solución que luego será presentado al resto de los participantes en la Conferencia. Si el plan es aclamado por todos ellos, el coordinador deberá ponerlo por escrito y se procederá a su firma. Dicho acuerdo con posterioridad deberá ser llevado ante el juez, quien decidirá si él es o no aprobado. En caso de hacerlo, se debe proceder a su implementación, debiendo ser su cumplimiento evaluado periódicamente.⁵³

Respecto de la participación de la víctima en la Conferencia, aunque es del todo deseable, y precisamente una de las funciones que se le entregan al coordinador es que al inicio del procedimiento de establecimiento la contacte y la

⁵³ Bach, *Ob. Cit.*, Págs. 5-7; Blanco, *Ob. Cit.*, Págs. 30-31; y Schmid, *Ob. Cit.*, Págs. 10 y ss.

invite a asistir, ella puede negarse a hacerlo, cuestión que no impide que el programa se lleve adelante. Esto diferencia este modelo de otros de Justicia Restaurativa, como la mediación, en que por regla general se exige que para que ella pueda ocurrir la víctima acepte concurrir voluntariamente a su desarrollo. Asimismo, si la víctima tiene algún impedimento para asistir ante la Conferencia, o si resulta demasiado fuerte para ella enfrentarse a su agresor, entonces puede presentarse a través de un representante, o incluso hacerlo por medio de una comunicación escrita. No obstante, la Conferencia tendrá un mayor valor en la medida en que la víctima haya tenido una participación activa. Hecho este último no menor, si se toma en consideración que el acuerdo deberá ser con posterioridad sometido al juez, quien tiene la facultad de rechazarlo.⁵⁴

Para finalizar creemos importante señalar, que si bien como apuntamos más arriba, el modelo de Justicia Restaurativa cuenta en Nueva Zelanda con una notoria legitimidad, ello no implica que no haya sido objeto de críticas. Así por ejemplo, se le cuestiona que en ocasiones exista una insuficiente preparación de los participantes, que impide que las Conferencias tengan éxito. De igual forma, se denuncia que no son pocos los casos en que las víctimas son virtualmente

⁵⁴ Bach, *Ob. Cit.*, Pág. 7; Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 31.

coaccionadas a prestar su consentimiento a acuerdos que no le satisfacen del todo. Y por otra parte que los jóvenes infractores se sienten en algunos casos intimidados por la presencia de sus familiares, lo que también se traduce en acuerdos insatisfactorios para ellos. Cuestiones todas que han llevado a concluir que “es extremadamente importante que los coordinadores de las conferencias estén muy bien capacitados para enfrentar estos potenciales conflictos que entorpecen un verdadero acuerdo restaurativo”⁵⁵.

2.2. Adult Conferencing

Una vez asentado el uso de la Justicia Restaurativa en el ámbito del derecho de menores, comenzaron a surgir voces reclamando que ello se hiciera extensible también a la justicia penal de adultos. En este sentido dos figuras aparecen como relevantes: en primer lugar el juez F.W.M McElrea, quien ya en 1994 propuso que se adaptaran los procedimientos de la justicia juvenil a las cortes de adultos. Y también el padre Jim Consedine, que en un libro titulado “*Restorative Justice: Healing The Effects of Crime*”, de 1995, señalaba que:

“Restorative justice is a philosophy that offers us a chance to practice the qualities that make people great – true justice based on apology,

⁵⁵ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 31.

compassion, healing, mercy, reconciliation, forgiveness and, where appropriate, sanction. It offers the processes whereby those affected by criminal behaviour – be they victims, offenders, the families involved or the wider community – all can have a part in resolving the issues that flow from the offending.

“We need a quality of criminal justice that recognize the immense value that these virtues bring to the quality of life and acknowledges the centrality of and need to enhance and protect the common good. No-one is saying ‘be soft on crime’. Rather the plea is to take this tougher option and utilise all the great human qualities that reflect a power that can and does change human behaviour for the better.

“Now is the time for a radical shift to a parallel system of criminal justice involving restorative processes. These include conferencing, victim offender facilitation and more diversion.”⁵⁶

Las propuestas de introducir los principios de Justicia Restaurativa en el ámbito del derecho penal de adultos, hechas en un principio de forma individual,

⁵⁶ Schmid, *Ob. Cit.*

adquirieron un mayor impulso cuando en 1995 se formó *Te Orientega*, el primer “*New Zealand Restorative Justice Group*”, organización formada por trabajadores sociales, abogados, ministros de religión, profesores y otros miembros de la comunidad neozelandesa, quienes argumentaban que los procesos alternativos fundados en el sistema maorí (inspiración de los principios de Justicia Restaurativa en Nueva Zelanda) siempre habían estado operando en algunas regiones del país, y que por tanto nada obstaba a que se hiciera un uso generalizado de ellos.⁵⁷ En atención a esto, propusieron la realización de Conferencias destinadas a tratar las situaciones en que se vieran involucrados adultos, las cuales, a diferencia de lo que en ese entonces ocurría en las FGCs, se centran con un mayor énfasis en las víctimas y sus necesidades.

Luego de que *Te Orientega* hiciera sus propuestas, se formaron por toda Nueva Zelanda un variado número de otros grupos cuyos esfuerzos y agitación iban en la misma dirección. Fruto de su trabajo es que comenzaron progresivamente a implementarse programas de Justicia Restaurativa orientados a

⁵⁷ Bowen, Helen y Boyack, Jim: *Adult Restorative Justice in New Zealand/Aotearoa*. En línea: http://www.iirp.org/library/nl03/nl03_bowenboyack.html (Visitado el 14 de febrero de 2008).

los adultos. Uno de ellos, y de los más exitosos al punto de que fue galardonado en 2002 con el Premio Internacional de Justicia Comunitaria, es el Proyecto *Turnaround*, creado en Timaru, en 1997. Su objetivo fundamental es que los infractores admitan su culpa y demuestren algún grado de arrepentimiento por los hechos perpetrados. En su estructura es muy similar a las FGCs, sin embargo se diferencia de aquellas en el hecho de que para que proceda la víctima debe concurrir voluntariamente a su aceptación; y en que el énfasis se pone más en la intervención de la comunidad que de la familia del ofensor. En él participan dos representantes voluntarios de la comunidad y un oficial de policía, además de la víctima y el ofensor, que pueden concurrir acompañados por personas que los apoyen. En caso de que durante la Conferencia exista algún tipo de acuerdo, debe ser firmado por el ofensor, momento en el cual se compromete a la realización de algunos actos positivos tendientes a reparar el mal causado⁵⁸. Una particularidad que presenta este programa, es que una vez firmado, la víctima puede rechazarlo y solicitar que el caso sea visto por una Corte, cuestión que sólo ha ocurrido en contadas ocasiones. De ahí que se lo considere una iniciativa exitosa.⁵⁹

⁵⁸ Schmid, *Ob. Cit.*

⁵⁹ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 32.

Pese a la existencia de programas como el anterior, no sería sino hasta 1998 que una Corte neozelandesa utilizara principios de Justicia Restaurativa para resolver judicialmente una causa que involucraba a adultos, cuestión que ocurrió en el caso “*R v. Clotworthy*”, en que invocando dichos principios una Corte de Apelación decidió sustituir una pena de prisión efectiva de tres años por una de suspensión condicional de 2 años.⁶⁰

Ya en el año 2001, el Gobierno neozelandés decidió implementar un plan piloto a fin de evaluar por 4 años el impacto que el uso de los procesos de Justicia Restaurativa podía tener en el ámbito de los adultos, para lo cual realizó una inversión considerable en el seguimiento de Conferencias establecidas en cuatro cortes de distrito. En el año 2005, una evaluación que se realizó sobre dicha experiencia señaló que en términos generales hasta el momento ella había sido positiva, aun cuando no había mostrado resultados sustanciales en torno a rebajar las tasas de reincidencia, que era uno de los objetivos del programa. Pues si bien,

⁶⁰ Bowen y Boyack, *Ob. Cit.*

esta había sido menor que en un grupo de procesados bajo el sistema penal formal, la diferencia no era tan notoria como se proyectaba.⁶¹

En el año 2002, se produciría en Nueva Zelanda uno de los principales triunfos de los defensores de la idea de ampliar el uso de la Justicia Restaurativa respecto de las causas en que estuvieran envueltos adultos. Ese año se publicó por el Gobierno la *Sentencing Act 2002*, en virtud de la cual se obliga a los jueces a que en sus sentencias tomen en consideración los procesos restaurativos. De igual forma, se le dio a su vez reconocimiento oficial al uso de los principios de Justicia Restaurativa a través de la *Parole Act 2002* y de la *Victim's Right Act 2002*.

Por su parte, el año 2004 se adoptaron los “*Principles of Best Practice for Restorative Justice Processes in Criminal Cases*”, que fueron el fruto de la participación y discusión de diversos sectores de la comunidad neozelandesa realizados el 2003, y por medio de los cuales se ha pretendido dar un cierto grado de uniformidad y orientación común a los procesos de Justicia Restaurativa

⁶¹ New Zealand, Ministry of Justice: *New Zealand Court-Referred Restorative Justice Pilot: Two year follow-up of reoffending*. En línea: <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/2005/nz-court-referred-restorative-justice-pilot-2-year-follow-up/index.html> (Visitado el 15 de febrero de 2008).

implementados en el ámbito penal en Nueva Zelanda, aunque respetando la flexibilidad inherente a ellos. Dichos principios son sólo aplicables a los casos en que se vean involucrados adultos, ya que tratándose de los FGCs, ellos están regidos por la *Children, Young Persons, and Their Families Act 1989*.

Dichos principios son:

- Los procesos de Justicia Restaurativa se basan en la voluntariedad, lo que significa que tanto víctima como ofensor no pueden ser coaccionados para concurrir a ellos, y los acuerdos que se tomen deben ser adoptados voluntariamente por los involucrados.
- Debe alentarse siempre la plena participación de la víctima y el ofensor. Y además se debe procurar la representación de la comunidad y de los profesionales que puedan aportar a la resolución del conflicto (policía, consejero de defensa, oficiales de *probation*, etc.).
- Una participación efectiva requiere que los participantes, especialmente la víctima y el delincuente, estén bien informados. Esto implica, que deben ser adecuadamente preparados antes de asistir a la Conferencia, y que se les debe advertir acerca de las

reales posibilidades de esta, a fin de no generar falsas expectativas que los hagan sentirse frustrados por la experiencia y/o hagan de antemano imposible todo acuerdo.

→ En el proceso de Justicia Restaurativa debe participar un delincuente *responsable*, que se haga cargo de las consecuencias de sus actos; que sea capaz de dar una respuesta apropiada y realista al ofendido, la cual sea con posterioridad monitoreada para cautelar su real cumplimiento.

→ La flexibilidad y la capacidad de respuesta son inherentes a los procesos de Justicia Restaurativa, que deben ser guiados por determinados valores: la seguridad física y emocional de los participantes; el respeto a la dignidad de todos los implicados; la salvaguardia del delincuente y de las víctimas; el equilibrio y la equidad; la voluntariedad; la transparencia (del proceso y los resultados). Asimismo, los procesos de Justicia Restaurativa deben siempre tener en consideración la diversidad cultural de los participantes.

→ Como se dijo en párrafo anterior, una preocupación fundamental de todo proceso de Justicia Restaurativa debe ser la salvaguarda de la

seguridad física y emocional de los participantes, la cual debe ser resguardada en todo momento. Lo que incluye también la protección de la privacidad y la confidencialidad en la medida de que ello sea posible.

→ Proveedores y facilitadores deben garantizar la realización de un proceso eficaz, para lo cual se requieren sólidos procesos de gestión, que incluyan un apropiado y transparente procedimiento.

→ El uso de los procesos de Justicia Restaurativa debe reservarse sólo para aquellos casos en que sea apropiado hacer utilización de ellos, razón por la cual cada caso debe ser analizado detenidamente a fin de esclarecer la procedencia o no de su uso. Entre los aspectos que deberían tomarse en consideración para ello se encuentran: el tipo de delito, la voluntad de la víctima y el delincuente de participar; y la idoneidad de los participantes, incluida su madurez mental y la capacidad de participar efectivamente y de manera voluntaria.

3. Australia

En Australia los programas de Justicia Restaurativa comenzaron a implementarse a comienzos de los años noventa, siguiendo como modelo el

sistema utilizado en Nueva Zelanda, aunque con algunas modificaciones introducidas con el objeto de adaptar el modelo a la realidad propia australiana. En términos generales, la mayor diferencia entre se encuentra en que en el modelo australiano se le otorga un rol mucho más decisivo a la policía, en tanto a ella se le entrega la facultad de decidir la idoneidad de un caso para ser remitido a un programa de Justicia Restaurativa.⁶²

Como ocurrió en el sistema neozelandés, en Australia también el uso de los programas de Justicia Restaurativa estuvo dirigido exclusivamente al ámbito del derecho penal de menores, y es en éste donde se desarrollan las primeras experiencias, con el establecimiento de Conferencias Familiares. No obstante con el tiempo, y al igual que ocurrió en Nueva Zelanda, su uso ha ido extendiéndose progresivamente al ámbito del derecho penal de adultos.

3.1. Youth Justice Conferences

En 1991, en la comunidad de Wagga Wagga, ubicada en New South Wales, la policía de ese lugar decidió seguir la experiencia neozelandesa y establecer conferencias familiares para abordar el tratamiento de los conflictos

⁶² Australian Institute of Criminology: *Restorative Justice: An Australian Perspective*.

En línea: <http://www.aic.gov.au/rjustice/australia.html> (Visitado el 15 de febrero de 2008).

penales en que se vieran involucrados jóvenes. Sin embargo, dadas las controversias que generó el uso de estos programas, se decidió con posterioridad reemplazarlos en 1995 por un plan piloto de *Community Youth Conferences*, que sería operado conjuntamente por la policía, el *Department of Juvenile Justice*, *NSW Children's Court* y los *Community Justice Centres*. Ante la buena experiencia obtenida de este plan piloto, en 1998 y por recomendación del *Attorney's General Department*, se realizó una modificación legislativa, la *Young Offenders Act 1997*, en la que se dio reconocimiento legal al uso de los programas de Justicia Restaurativa en el ámbito del derecho de menores, cuya administración fue entregada al *Department of Juvenile Justice*.⁶³

El “Modelo Wagga Wagga” con posterioridad ha sido reproducido en muchos lugares de Australia, diferenciándose entre ellos por el tipo de casos que pueden ser remitidos a estos programas, y por la autoridad que tiene a su cargo la administración. Así por ejemplo, mientras en la *Australian Capital Territory* estas Conferencias son dirigidas por la policía; en *New South Wales*, *South*

⁶³ Strang, Heather: *Restorative Justice Programs in Australia. A Report to the Criminology Research Council*. En línea: <http://www.criminologyresearchcouncil.gov.au/reports/strang/index.html> (Visitado el 23 de febrero de 2008).

Australia, Western Australia, y Queensland su administración recae en las autoridades de justicia; y en Victoria son dirigidas por las autoridades de la iglesia. Asimismo, mientras en algunas jurisdicciones su uso está concretado solo a una pequeña escala, en otros lugares (South Australia, Western Australia, y New South Wales), han pasado a formar parte integrante del sistema general de justicia de menores.⁶⁴

Como hemos señalado, en términos generales las conferencias en Australia son muy similares a las del modelo neozelandés; sin embargo, se diferencian particularmente en el hecho de que el modelo australiano es bastante menos flexible. Así por ejemplo, no todos los delitos pueden ser sometidos a su conocimiento, encontrándose excluidos en primer lugar las faltas, así como algunos considerados más graves, como delitos sexuales y aquellos relacionados con la droga. Asimismo, en el modelo australiano se exige que para que un joven pueda ser derivado a una conferencia haya admitido previamente su culpa. Y además en algunos programas sólo pueden participar en ellas jóvenes de determinado rango de edad, quedando excluido el resto.

⁶⁴ Australian Institute of Criminology: *Restorative Justice: An Australian Perspective*.
Ob. Cit.

Respecto a su desarrollo, las conferencias se realizan en audiencias de una a dos horas de duración, a las cuales concurre la víctima y el infractor, acompañados de aquéllos que puedan confirmar sus dichos.

Durante ella el debate se centra fundamentalmente en condenar el acto, sin entrar a condenar la personalidad del infractor, cuestión importante ya que tratándose de jóvenes se debe tratar de evitar la estigmatización y una temprana criminalización. A ambas partes se les otorga la posibilidad de dar su propio relato de cómo ocurrieron los hechos, y de todas las circunstancias que rodean al mismo, poniéndose especial atención a las declaraciones hechas por la víctima y otras personas en torno a la forma en que la ha afectado el acto delictivo.

Más que un castigo, lo que se pretende a través de la conferencia, es que el joven tome responsabilidad sobre sus actos, y también que experimente la vergüenza por haber cometido un delito, frente a su familia y demás concurrentes, provocando así que pida reales disculpas a las víctima por sus hechos. Además al finalizar la conferencia, si hay acuerdo entre los participantes, procede a firmarse un documento en el que se fijan cuáles serán los hechos positivos que deberá realizar el infractor para reparar su mal, los que pueden consistir tanto en una

compensación económica para la víctima, así como la realización de trabajos en beneficio de aquella o de la comunidad.⁶⁵

3.2. Adult Conferencing

Como en Nueva Zelanda, en Australia el uso de los programas de Justicia Restaurativa en el ámbito de los delitos cometidos por adultos ha sido mucho más lento, aunque progresivamente se han ido dando avances en ese sentido.

En la actualidad, si bien no en todo el territorio australiano, se encuentran funcionando experiencias piloto de conferencias para adultos. Ellas en general sólo son aplicables para delincuentes adultos-jóvenes, cuya edad fluctúa entre los 18 y los 24 años (v.gr. New South Wales), aunque en algún caso su uso se ha extendido para todos los delincuentes, cualquiera sea su edad (v.gr. Australian Capital Territory).

La experiencia de estos programas hasta el momento ha sido evaluada positivamente. Así, por ejemplo, según el reporte evacuado en 2007 por el *NSW Bureau of Crime Statistic and Research*, en que se revisó la experiencia desarrollada en Liverpool y Tweed Heads, se expresa que un porcentaje muy alto

⁶⁵ *Ibíd.*.

de los participantes se habían manifestado conformes con el programa en sus distintas etapas, tanto en su preparación, desarrollo, como en la implementación de los planes adoptados. Destacó además el hecho de que los grados de participación de la víctima en ellos fue también bastante alto, ya sea en forma directa (35,5 %) o a través de representante (47,4 %). Asimismo, casi todos los participantes que fueron entrevistados en el estudio manifestaron que la conferencia resultaba útil para que el ofensor tomara real cuenta del daño que había provocado.⁶⁶

Quizá uno de los pasos más importantes en función de hacer más extenso el uso de los procesos restaurativos en Australia, haya sido la adopción de la *Crimes (Restorative Justice) Act 2004*, adoptada en Australian Capital Territory, en la cual expresamente se consagra la posibilidad de aplicar estos procesos a los adultos, sin límite de edad (la edad mínima para ser considerado adulto son los 18 años), e incluso su uso puede ser para delitos menores y mayores, así como para los relacionados con la violencia doméstica. En todos estos casos, es condición

⁶⁶ Ver: People, Julie y Trimboli, Lily: *An Evaluation of the NSW Community Conferencing for Young Adults Pilot Program*. Sydney: NSW Bureau of Crime Statistic and Research: 2007.

necesaria para que puedan ser derivados a un programa de Justicia Restaurativa que el ofensor haya asumido la responsabilidad sobre un delito, o que dicha responsabilidad le haya sido atribuida por un tribunal.

4. Reino Unido:

En Gran Bretaña, y más específicamente en Inglaterra y Gales, desde 1997 se introdujo una reforma global al sistema de justicia juvenil, que implantó los lineamientos básicos de la Justicia Restaurativa a través de dos textos normativos: la *Crime and Disorder Act* (1998) y la *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (1999). Estos instituyen en el sistema inglés una serie de mecanismos y principios que pueden ser calificados como “restaurativos”, dentro de los cuales el que más destaca son los *Youth Offender Panels*.

Ante estos paneles (que básicamente siguen el modelo neozelandés y el australiano de Waga Waga) deben concurrir tanto el ofensor, su familia y, si procede, la víctima y su círculo de apoyo; junto a dos miembros voluntarios de la comunidad y un miembro del equipo para la delincuencia juvenil local (*Young Offending Teams*, YOTs). La idea que se encuentra tras ellos, es que en la audiencia los participantes puedan considerar, evaluar y deliberar en torno a las circunstancias que rodearon el acto delictivo y las implicancias que pudo tener respecto de la víctima, a fin de arribar a un acuerdo que contemple tanto un

programa o procedimiento para corregir las causas que llevaron al joven a infringir la ley, como un plan destinado a reparar en la víctima y/o en la comunidad, los perjuicios que hayan recibido. Asimismo, por esta vía se busca provocar entre infractor y víctima la posibilidad de que se encuentren y dialoguen acerca de la situación que ha generado el conflicto, de su impacto, y de las implicancias, otorgándose la oportunidad a ambas partes de manifestar sus puntos de vista personales sobre las circunstancias que han rodeado el hecho.⁶⁷

Para el juez, es obligatorio remitir a los paneles todo caso que llegue a su conocimiento y en que el imputado sea una persona de entre 10 y 17 años, que se haya declarado culpable y no posea condenas judiciales anteriores.

Si durante el desarrollo del panel, no se logra llegar a un acuerdo o éste no es aceptado por el joven, entonces el caso volverá al tribunal para que se dicte sentencia de acuerdo a las reglas de procedimiento común. No obstante, dado que la ley expresamente manifiesta la conveniencia de que el asunto se resuelva en el panel, sin la intervención del tribunal, permite que si el acuerdo no es alcanzado en una primera audiencia, pueda citarse a una nueva audiencia en la que nuevamente se desarrollen las gestiones tendientes a provocar el acuerdo, que el

⁶⁷ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 50.

infractor puede cumplir voluntariamente. Si el infractor pudiera ser coaccionado a realizar acciones sin su consentimiento, entonces ya no nos encontraríamos frente a un caso de Justicia Restaurativa, sino de justicia retributiva y punitiva.

Es importante destacar que la supervisión respecto al cumplimiento del acuerdo no recaerá en el juez sino en el YOT local, que habrá participado en el panel a través de un representante.

5. Latinoamérica

Aunque sin el grado de desarrollo que ha alcanzado en otras regiones, en Latinoamérica progresivamente también varios países han ido haciendo incorporación de los principios y procesos restaurativos en sus legislaciones penales.

Como veremos en el Capítulo IV de esta memoria, un ejemplo de ello es Chile, que luego de la reforma al sistema procesal penal incorporó un interesante mecanismo inspirado en la Justicia Restaurativa, como son los acuerdos reparatorios, que permiten una salida alternativa al conflicto penal a través de un procedimiento en que el rol fundamental lo cumplen víctima y ofensor, que deben estar mutuamente de acuerdo en la solución que se decida, y para lo cual se ha implementado un sistema de mediación cuyo objeto es facilitar el encuentro y el diálogo entre los involucrados, permitiendo así una salida consensuada al

conflicto. De igual forma, en el ámbito de la justicia penal adolescente también se han introducido modificaciones orientadas a introducir la Justicia Restaurativa en esa área, ya sea a través de mecanismos como la mediación víctima-ofensor, o por medio de incorporar un conjunto de sanciones no privativas de libertad, que eviten que el joven infractor sea sometido a encarcelamiento, con los dañinos efectos que ello conlleva.

Por su parte en **Colombia**, debido a la crisis social e institucional por la que ha atravesado ese país en los últimos años, a la cual el sistema penal formal pareciera no ser capaz de dar respuesta, se ha optado por introducir con firmeza, al menos desde el punto de vista legislativo, la Justicia Restaurativa. Así, este país se ha transformado en el primero en incorporar, incluso con rango constitucional, el uso de esta forma alternativa de resolver conflictos.

En el actual artículo 250 de la Constitución colombiana, modificado por el Acta Legislativa 03 de 2002, se expresa claramente que la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de sus funciones debe “Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal. La

ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de Justicia Restaurativa.”⁶⁸

Por su parte, luego de la reforma introducida al proceso penal colombiano en 2004, en el actual Código de Procedimiento del ramo se dedica en el Libro VI un apartado completo destinado a tratar los mecanismos de Justicia Restaurativa, en el que además se la define y se fijan sus principios orientadores básicos.

De acuerdo con el artículo 518 del Código de Procedimiento Penal colombiano, los programas de Justicia Restaurativo son todos aquellos procesos en que “la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.”⁶⁹

Por su parte, también se define lo que debe entenderse por un resultado restaurativo, señalándose al efecto que lo es “el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr

⁶⁸ Constitución Política de Colombia, Artículo 250 N° 8

⁶⁹ Colombia, Ley 906 de 31 de agosto de 2004, artículo 518, inciso 1°.

la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.”⁷⁰

En general estas definiciones siguen la misma línea adoptada por Naciones Unidas en 2002, así como los aportes de la doctrina apuntados en el Capítulo I de esta investigación. Y ocurre lo mismo en cuanto a los principios orientadores a que se refiere el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal colombiano, que en general recoge los principios de la ONU, aunque introduciendo algunas especificaciones orientadas a su utilización práctica, como el hecho de señalar que el incumplimiento de un acuerdo adoptado durante un programa restaurativo no podrá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de una pena; que la participación del imputado en estos procesos no podrá usarse como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos ulteriores; y la consagración explícita de que tanto a la víctima como al ofensor le asiste el derecho de contar con la asistencia de un abogado en todos los procedimientos que se lleven adelante en este marco. En el resto, los principios orientadores son casi los mismos que en la resolución de la ONU, y así por ejemplo se exige que la participación en estos mecanismos sea voluntario para ambas partes, y que los

⁷⁰ Colombia, Ley 906 de 31 de agosto de 2004, artículo 518, inciso 2°.

acuerdos que durante estos procedimientos se adopten, deberán contener obligaciones razonables y proporcionales al daño cometido.⁷¹

En cuanto a los mecanismos de Justicia Restaurativa incorporados en el sistema colombiano, Álvaro Márquez⁷² destaca que ellos son variados, y que la ley se encarga de regular particularmente tres: la conciliación preprocesal, la mediación y la reparación integral.

En los dos primeros casos, esto es, en la conciliación preprocesal y en la mediación, el procedimiento establecido por la legislación colombiana es en general bastante parecido a aquellos que ya hemos descrito y que se aplican en otros países: la partes son convocadas a comparecer voluntariamente a una audiencia, en la que podrán debatir libremente acerca de las características e implicancias del hecho delictivo, en pos de alcanzar un acuerdo que sea mutuamente razonable para ambas, y de este modo dar fin al conflicto.

⁷¹ Colombia, Ley 906 de 31 de agosto de 2004, artículo 519.

⁷² Márquez Cárdenas, Álvaro: *Mecanismos de Justicia Restaurativa Admitidos en el Nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano*. En línea: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/marquez/> (Visitado el 3 de marzo de 2008).

Como su nombre lo indica, la *conciliación preprocesal*, sólo es posible hasta antes que se haya iniciado un juicio, y sólo será procedente respecto de aquellos delitos cuya persecución únicamente puede iniciarse por querrela. La idea tras esto es evitar que se inicie un procedimiento formal, disuadiendo a la víctima a que desista de él a cambio de obtener rápidamente una reparación por el daño recibido. Esto se ha introducido como un instrumento para descongestionar el recargado sistema penal colombiano.

La audiencia en que ambas partes se encuentran, para evitar la presentación de la querrela, puede desarrollarse ante el propio Fiscal o en un centro de conciliación, o incluso frente a un conciliador designado por la partes. De producirse el acuerdo, la causa será archivada y se dará curso al cumplimiento de lo acordado. En caso contrario, el Fiscal deberá ejercitar la acción penal correspondiente, al igual que si se comprueba que el acuerdo no ha sido cumplido por el ofensor.⁷³ Y esto, sin perjuicio de que las partes con posterioridad resuelvan someter el conocimiento del hecho ante un mediador.

En cuanto a la *mediación*, es un mecanismo que procede aplicar en todos los casos (aún en aquellos que se inician por acción penal pública), siempre y

⁷³ Márquez, Ob. Cit., Pág. 3

cuando la pena asignada al delito no vaya por sobre los 5 años de prisión, y el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado.⁷⁴ Respecto de aquellos delitos cuya pena sea mayor a 5 años, este mecanismo sólo puede ser usado para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.⁷⁵

La ley colombiana define la mediación como “un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, 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.”⁷⁶ Durante su desarrollo, los involucrados en ella podrán abordar todos aquellos puntos relacionados con la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; la realización o

⁷⁴ Colombia, Ley 906 de 31 de agosto de 2004, artículo 524.

⁷⁵ Colombia, Ley 906 de 31 de agosto de 2004, artículo 524

⁷⁶ Colombia, Ley 906 de 31 de agosto de 2004, artículo 523

abstención de determinada conducta; la prestación de servicios a la comunidad; y el pedimento de disculpas o perdón.

Además de los requisitos en cuanto a su procedencia, la diferencia que existe entre ambas instituciones, es que en esta última el tercero que asiste a ella como mediador tiene la facultad de ejercer sus buenos oficios y proponer bases de acuerdo a las partes, lo que no ocurre en la conciliación preprocesal, donde son directamente las partes las que deben debatir entre ellas la condiciones del posible acuerdo. No obstante, aunque el mediador pueda proponer un programa de acción a adoptar para resolver el conflicto, él no puede imponer su criterio por sobre los participantes, ya que estos deberán adoptar el acuerdo de forma voluntaria para que sea válido.⁷⁷

Finalmente, en lo referido a la reparación integral, ésta más que un mecanismo alternativo para resolver el conflicto, constituye una forma de hacer efectivo uno de los presupuestos básicos de la Justicia Restaurativa: que la víctima sea adecuadamente resarcida por los perjuicios que ha recibido. Reparación que en este caso debe provenir de parte del ofensor, toda vez que ello se considera también un medio de resocialización de aquél, ya que es fundamental

⁷⁷ Márquez, Ob. Cit., Pág. 4.

para el efecto restaurativo, que asuma e internalice la responsabilidad por los hechos que ha cometido.

Para que la reparación integral se haga efectiva, el juez, una vez dictado el fallo en que se declare la responsabilidad penal del imputado, deberá resolver a petición de la víctima, del fiscal o del ministerio público, a instancia de aquella, la celebración de una audiencia en la que se discutirá la mejor forma de reparar los daños derivados del delito. Para ello citará a las partes a una audiencia en la que se promoverá la realización de un acuerdo conciliatorio entre ambas sobre este punto. En caso de que dicho acuerdo no se produzca, corresponderá al juez, en base a las pruebas que se le presenten, determinar el monto de la reparación que proceda, y dicha resolución se considerará parte integrante de la sentencia criminal.⁷⁸

Además de Chile y Colombia, otros países de Latinoamérica han manifestado su interés por ir incorporando elementos de Justicia Restaurativa en sus legislaciones. Esto ocurre en Argentina, Costa Rica, El Salvador y Perú, entre

⁷⁸ Márquez, *Ob. Cit.*, Pp. 9 y ss.

otros.⁷⁹. Esta preocupación surgida en la región por explorar métodos alternativos de solución de los conflictos penales (provocado en gran medida por la alta congestión que presentan los tribunales formales, y por el notorio nivel de desconfianza que existe respecto de la justicia tradicional entre la población, en un territorio que “sufrir los mayores índices de violencia, de encarcelamiento, exclusión social y limitaciones”⁸⁰), llevó a que en el 2005, siguiendo el ejemplo planteado por Naciones Unidas, se haya adoptado un acuerdo regional en torno a promover el uso de la Justicia Restaurativa entre los países latinoamericanos.

La Declaración de Costa Rica sobre la Justicia Restaurativa en América Latina, como la Resolución de la ONU sobre Principios Básicos de Justicia Restaurativa, es un documento que dispone indicaciones y recomendaciones para los Estados, sin imponer obligación alguna que sea perentoria para estos.

⁷⁹ Para un estudio sobre los avances en la implementación de los programa de Justicia Restaurativa en la Latinoamérica recomendamos consultar el sitio de la Confraternidad Carcelaria Internacional: <http://www.justiciarestaurativa.org/> (Visitado por última vez el 30 de abril de 2008)

⁸⁰ Declaración de Costa Rica sobre la Justicia Restaurativa en América Latina. Santo Domingo de Heredia, 21 al24 de septiembre de 2005. Considerando 1°.

Cuestión que se explica en el hecho de que por regla general se ha preferido en el ámbito internacional no interferir de forma directa en los mecanismos a usar para introducir a las legislaciones el uso de este tipo de principios, y así garantizar la flexibilidad de estos y la creatividad de los Estados al momento de idear medios de que ellos se materialicen.

En la Declaración de Costa Rica se procede en primer lugar a definir lo que se entiende en su contexto por procedimiento y resultado restaurativo. Ambas definiciones en general son bastante coincidentes con aquellas emanadas del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), aunque respecto de ésta última presenta una diferencia que en nuestra opinión no es menor, es que uno de los objetivos del procedimiento restaurativo es la consecución de la “paz social”. De esta forma, se define en la Declaración a los procedimientos restaurativos como “todo aquel en el cual víctima y ofensor y cualquier otro individuo miembro de la comunidad participe cuando sea adecuado juntos a la ayuda de un colaborador en la búsqueda de la paz social.”⁸¹

Por su parte tratándose de los resultados restaurativos, en la Declaración se opta por caracterizarlos haciendo simplemente una enumeración de resultados

⁸¹ Declaración de Costa Rica, artículo 1.1

posibles que pueden ser entendidos como propios de la Justicia Restaurativa. Enumeración que no es taxativa, y en la que destaca el hecho de que se incluya entre los posibles resultados el “arrepentimiento”, el “perdón” y la “reinserción social”, que no se encuentran explicitados en el documento de la ONU, y que claramente son elementos característicos de los procesos de Justicia Restaurativa, en los que, como señalamos, se debe buscar la consecución de la paz social, y para eso es vital que tanto víctima como ofensor, y demás afectados directamente por el delito, se encuentren a fin de que en base al diálogo y el entendimiento sanen las heridas. En este proceso, el arrepentimiento y el perdón serán fundamentales, ya que sólo en base a ellos se podrá avanzar hacia el futuro, resolviendo realmente el conflicto que ha surgido, a modo de aprovechar el acto delictivo, también como un medio de ir mejorando nuestras sociedades y volverlas más humanas.

Luego de las definiciones, en la Declaración de Costa Rica se procede a realizar una larga enumeración de valores y principios que inspiran orientan esta forma alternativa de resolución de conflictos. Como en la mayoría de las experiencias prácticas de derecho comparado y como también se hace en la Resolución de la ONU, en la Declaración de Costa Rica se enfatiza en que para que pueda existir Justicia Restaurativa necesariamente las partes deben concurrir a los mecanismos que se establezcan de forma voluntaria, y nunca pueden ser

coaccionadas a llegar a un acuerdo. Cuestión de suyo importante, ya que la Justicia Restaurativa no tiene como la justicia retributiva, el objetivo de castigar, sino de recuperar, reparar, recomponer y ello se puede conseguir sólo si ambas partes tienen la voluntad manifiesta en que ello ocurra. De igual forma, en la Declaración también se enfatiza en que la fuente inspiradora de todo proceso y resultado restaurativo debe ser siempre el pleno respeto a los Derechos Humanos, entre los que además se explicita el respeto a la dignidad de los involucrados, a su diversidad y a sus condiciones socioeconómicas y culturales.

Asimismo, también se destaca como uno de los principios orientadores básicos de todo programa de Justicia Restaurativa la especial atención que debe recibir la víctima, y la reparación del daño que haya recibido, lo que incluye no sólo su reparación económica, sino también moral. Este hecho si bien no se explicita de manera abierta, se deduce del contexto general de la Declaración.

En concreto, en el artículo 2º de la Declaración de Costa Rica, se enuncian como principios y valores básicos que deben inspirar el uso de la Justicia Restaurativa en América Latina los siguientes (sin que esta enumeración sea taxativa):

1. Garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos y respeto a la dignidad de todos los intervinientes.

2. Aplicación en los sistemas comunitarios judiciales y penitenciarios.
3. Plena y previa información sobre las prácticas restaurativas a todos los participantes de los procedimientos.
4. Autonomía y voluntad para participar en las prácticas restaurativas en todas sus fases.
5. Respeto mutuo entre los participantes del encuentro.
6. Co – responsabilidad activa de los participantes.
7. Atención a la persona que sufrió el daño y atención de sus necesidades con consideración a las posibilidades de la persona que lo causó.
8. Participación de la comunidad pautada por los principios de la Justicia Restaurativa.
9. Atención a las diferencias socioeconómicas y culturales entre los participantes.
10. Atención a las peculiaridades socioculturales, locales y al pluralismo cultural.

- 11.Promoción de relaciones ecuánimes y no jerárquicas.
- 12.Expresión participativa bajo la observación del Estado Democrático de Derecho.
- 13.Facilitación por personas debidamente capacitadas en procedimientos restaurativos.
- 14.Uso del principio de la legalidad en cuanto al derecho material.
- 15.Derecho a la confidencialidad de todas las informaciones referentes al proceso restaurativo.
- 16.Integración con la red de asistencia social de cada país.
- 17.Integración con el sistema de justicia.⁸²

Finalmente, como en los principios básicos adoptados por la ONU, en la Declaración de Costa Rica también se elabora una especie de programa de acción destinado a implementar en los países de la región, mecanismos de Justicia

⁸² Declaración de Costa Rica, artículo 2°.

Restaurativa. Pero, más que una enumeración de medidas prácticas, se refiere a una serie de iniciativas que se recomienda impulsar a fin de promover el uso de la Justicia Restaurativa, y particularmente su aceptación por parte de la población. Cuestión esta última importante, ya que uno de los principales obstáculos que puede encontrar el uso de la Justicia Restaurativa es el rechazo por parte de la ciudadanía, que puede verla como una forma de consagrar la impunidad de los delincuentes. Esto no es difícil que ocurra particularmente en países como los nuestros, en donde los medios de comunicación y representantes políticos y sociales de todo orden, han instalado el discurso de que la forma de acabar con el flagelo de la delincuencia es mediante un endurecimiento cada vez mayor de las penas, lo que puede implicar hacer primar la “seguridad” sobre libertades fundamentales. En países en donde se ha hecho uso de mecanismos más represivos, los resultados no necesariamente han sido más alentadores que en aquéllos en que se ha utilizado medios mucho más flexibles, como la Justicia Restaurativa, especialmente si se toma en consideración el largo plazo, y no un momento puntual. Si bien un aumento en los niveles de encarcelamiento puede significar una reducción en las tasas de delincuencia, ello no implica que vaya a ser sostenido en el tiempo, ya que los difundidos objetivos de “prevención general negativa”, es decir, de amedrentamiento de la población para evitar que delinca, no han dado los resultados que se esperan. Y por eso a través de la

Justicia Restaurativa se pretende cambiar esta situación, pero a partir de una variación en el enfoque, que más que centrarse en la represión, se fije como meta la reparación y la sanación de las heridas, como forma de resolver los conflictos que el delito ha generado, y de garantizar la paz social a largo plazo.

Entre las estrategias para implementar la Justicia Restaurativa en la Declaración de Costa Rica se enumeran las siguientes:

- Concientización y educación sobre Justicia Restaurativa, lo que incluye abrir el diálogo e implementar programas de Justicia Restaurativa en todos los niveles, particularmente en el ámbito educacional y universitario. Promoviendo asimismo un cambio cultural en la población a través de mostrar en los medios de comunicación las bondades y buenos resultados que el uso de mecanismos como estos puede tener.
- Promoción de la Justicia Restaurativa en las comunidades, haciendo un uso real de ella mediante la implementación de distintos programas prácticos de resolución alternativa de conflictos. Para que así el uso de la Justicia Restaurativa vaya mucho más allá del sólo discurso.

- Aplicación de la Justicia Restaurativa en el sistema penal, derivando progresivamente más casos judiciales hacia esta forma alternativa de resolver el conflicto, y reservando la cárcel sólo como último recurso, cuando la restauración no sea posible.
- Readecuar la legislación y las políticas públicas. Esto implica “Aplicar con la legislación vigente de cada Estado políticas que apliquen la JR y además Desarrollar legislación según los postulados de la JR para eliminar o reducir barreras sistemáticas legales para el uso de la JR, para incentivar el uso de JR, para crear mecanismos que proveen dirección y estructura a programas de JR, para asegurar la protección de derechos de victimarios y víctimas que participen en programas restaurativos y para establecer principios guías y mecanismos de monitoreo para adherirse a dichos principios.”⁸³

⁸³ Declaración de Costa Rica, artículo 3.4

CAPÍTULO III:
PRINCIPIOS BÁSICOS DE LAS NACIONES
UNIDAS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE
PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA
EN MATERIA PENAL

1. Antecedentes

Desde hace años la Organización de las Naciones Unidas, principalmente a través del Consejo Económico y Social (ECOSOC), ha venido desplegando esfuerzos encaminados a provocar una reforma global en la administración de justicia penal, que se desarrolle en base a 4 ejes prioritarios:

- a) Un mayor reconocimiento y respeto a la diversidad;
- b) Una mejor protección de las personas y grupos más vulnerables;

- c) Reducción del encarcelamiento como única respuesta frente al delito; e
- d) Incorporación de normas y recursos internacionales.

En el documento de antecedentes que se presentó al Seminario sobre *Potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la Justicia Restaurativa*, en abril de 2005, con ocasión del 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, se diagnosticaba que en la actual situación, la justicia penal en el mundo se encuentra enfrentada a un nivel de desafíos cada vez mayor, que surgen de los reclamos por una adecuación a las nuevas condiciones políticas, económicas y sociales por la que atraviesa la humanidad. Tanto en el plano nacional como internacional, se reconocía la existencia de presiones para que se resuelvan problemas graves que derivan de la delincuencia transnacional, como el terrorismo, la delincuencia organizada, la trata de seres humanos, el tráfico de drogas y el tráfico de armas. Cuestiones que para su solución requieren de la cooperación internacional y de que cada sistema nacional

esté en concordancia con los compromisos internacionales asumidos por el país de que se trate.⁸⁴

En el ámbito más interno también se identificaban otros problemas, siendo tal vez uno de los mayores la crisis de confianza que genera el sistema penal en la ciudadanía, que unido a los mayores índices de delincuencia y altas tasas de inseguridad, así como un aumento progresivo de los problemas relacionados con la violencia de género, la explotación y el abuso de los niños, etc., se traduce en ingentes demandas de la población para obtener mayor protección e instituciones más eficientes que hagan frente a estas problemáticas. A esto se sumaría la percepción de que los sistemas de justicia penal no brindan una igual protección a todos los segmentos de la población, por cuanto los grupos más vulnerables (v. gr. colectividades indígenas, ciertas minorías raciales, étnicas y religiosas, así como personas con discapacidades), presentan altas tasas de victimización

⁸⁴ Naciones Unidas: *Documento de Antecedentes. Seminario 2: Potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la Justicia Restaurativa* (A/CONF.203/10). 11° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Bangkok, 18 a 25 de abril de 2005, Pág. 4.

delictiva, y poseen una sobrerrepresentación en la población carcelaria⁸⁵; lo cual haría abrigar la sensación de que el sistema penal, además de ser ineficiente y estar falto de recursos humanos y financieros, es también discriminatorio, como desde los 60 se ha venido denunciando por distintos sectores, como los teóricos del *labelling approach* y de la criminología crítica⁸⁶.

Por otra parte, como hemos expuesto, se reconoce como un signo de la situación actual el aumento de las presiones para incluir de forma más efectiva a las víctimas dentro de las distintas etapas de los procesos penales, a objeto de cautelar de mejor forma sus derechos, otorgándoles una participación más activa. A diferencia de lo que ocurre tradicionalmente, especialmente en los sistemas de tradición continental inspirados en el modelo acusatorio de justicia penal, en que es al Estado y al inculcado a quienes corresponde el rol más preponderante, mientras que la víctima y el resto de la comunidad quedan excluidos de las resoluciones que se toman frente al acto delictivo. Esto es preocupante si se considera el hecho de que las víctimas, a más de verse imposibilitadas

⁸⁵ *Ibid.*, Págs. 4 y 5.

⁸⁶ Cfr. Larrauri, Elena: *La Herencia de la Criminología Crítica*. Siglo XXI Editores, Madrid, 1991.

habitualmente de participar de manera directa en los procesos, y de no recibir una reparación adecuada al daño sufrido, en gran parte de las situaciones deben sufrir a su vez los efectos de la victimización secundaria, que se deriva precisamente de la forma en que el sistema penal tradicional está concebido.⁸⁷

En opinión de Naciones Unidas, las anteriores problemáticas tienen especialmente efecto en lo que se denomina el acceso a la justicia, que define como: “un concepto complejo, mucho más amplio que las simples demandas de más acceso a la policía, a la fiscalía, al ministerio público, o a los servicios judiciales o correccionales. Incluye demandas de responsabilidad por los delitos, protección de las víctimas y protección de los derechos de los acusados, así como el requisito de que los oficiales de la justicia penal respeten el Estado de derecho. Incluye también la protección de los derechos de los miembros de grupos desaventajados que pueden estar sujetos desproporcionadamente a la victimización y la penalización.”⁸⁸

⁸⁷ Naciones Unidas: *Documento de Antecedentes. Seminario 2: Potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la Justicia Restaurativa*. Op. Cit., Pág. 5.

⁸⁸ *Ibíd.*

A objeto de corregir esta situación y dar respuesta a las demandas de justicia que le hacen al sistema los distintos sectores, es que la ONU ha ido promoviendo en los últimos años una reforma a la justicia penal, fijando para este fin algunas prioridades que deben ser atendidas preferentemente, así como un conjunto de “buenas prácticas” que se han identificado como positivas, y que se propone a los Estados adoptar. Entre estas últimas, una sobre la cual la ONU ha manifestado especial interés es la introducción de los principios y procesos restaurativos.

1.1. La Resolución 1999/26 del ECOSOC

Ya en 1999, a través de la resolución 1999/ 26 del ECOSOC: *Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice*, se sostuvo que existían ciertos casos en que los mecanismos de justicia tradicional no eran capaces de brindar una respuesta rápida y efectiva a ciertos tipos de ilícitos considerados menores, particularmente desde la perspectiva de las víctimas afectadas por ellos, razón por la cual se hacía necesario evaluar la posibilidad de implementar otro tipo de procedimientos, como los de mediación y Justicia Restaurativa, en que bajo la supervisión de una autoridad judicial u otra competente, el énfasis estuviera puesto en facilitar el encuentro entre víctima y ofensor, la compensación por los daños sufridos o la realización de servicios comunitarios. Todo esto, tomando como base que tanto la mediación como los

procedimientos de Justicia Restaurativa, en muchos casos pueden dar lugar de forma más adecuada a la satisfacción de las víctimas, así como a la prevención de futuros comportamientos ilícitos; y puede, además, representar una alternativa viable a corto plazo, frente a otras sanciones como la prisión y las multas.⁸⁹

Dado este reconocimiento, el ECOSOC exhortó en su resolución a los Estados para que al interior de sus sistemas jurídicos consideraran el desarrollo de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos penales, a fin de promover entre los especialistas y la comunidad en general una cultura favorable a la mediación y la Justicia Restaurativa, facilitando a su vez una formación adecuada de las personas que fueran a intervenir en estos procedimientos. De igual forma, el ECOSOC solicitó a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la ONU que examinara la forma más efectiva de facilitar un intercambio fluido de información para dar a conocer las experiencias locales que se desarrollaran en este sentido, y que además considerara la necesidad de formular desde Naciones Unidas, normas relativas a mediación y Justicia

⁸⁹ Consejo Económico y Social (ECOSOC): Resolución 1999/26, adoptada durante la 43ª Sesión Plenaria, de 28 de julio de 1999. Disponible en “Consejo Económico y Social: Documentos Oficiales, 1999, Suplemento N° 1 (E/1999/99 (SUPP)), Págs. 60-61.

Restaurativa, que garantizaran la imparcialidad en su uso y en la resolución de conflictos de menor entidad.⁹⁰

1.2. El 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y la Declaración de Viena

En el marco del 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, desarrollado en Viena entre el 10 y el 17 de abril de 2000, nuevamente se volvió a debatir sobre la necesidad de promover el uso de salidas alternativas inspiradas en la Justicia Restaurativa, particularmente en base a un documento de trabajo elaborado por la Secretaría para el programa: *Delincuentes y víctimas: responsabilidad y equidad en el proceso de justicia penal*. En éste se la caracterizó como un modelo donde “lo que prevalece es la indemnización y la prevención más bien que la imposición de una sanción”⁹¹; y en el que se parte del supuesto de que en el proceso “todas las

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Naciones Unidas: *Delincuentes y víctimas: Responsabilidad y Equidad en el Proceso de Justicia Penal*. Documento de Trabajo preparado por la Secretaría para el 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (A/CONF.187/8). Distribución General 15 de diciembre de 1999. Pág. 7

partes involucradas en un delito concreto mancomunan sus esfuerzos para resolver colectivamente la forma de ocuparse de las repercusiones del delito y de sus consecuencias futuras”⁹².

Esto último era una de las razones por las que se consideraba importante promover su adopción por los Estados y su discusión a nivel internacional, ya que uno de los principales problemas que se detectaban respecto de los sistemas de justicia penal tradicional, es que ellos habitualmente tropiezan con la dificultad de encontrar un equilibrio entre las distintas partes involucradas en el hecho delictivo: la comunidad, el delincuente y la víctima⁹³. Y los principios de Justicia Restaurativa serían una buena forma de paliar, en parte al menos, este tipo de complicaciones. Como se expresa en el documento: “este modelo ofrece a las víctimas más control sobre el mecanismo decisorio que el procedimiento tradicional, incluso cuando su participación recibe plena aprobación, mientras que los intereses de los demandados están mejor amparados debido a que se imponen sanciones menos rigurosas. La comunidad puede beneficiarse también de un

⁹². *Ibíd.* Pág. 6

⁹³ *Ibíd.* Pág. 2.

grado inferior de reincidencia y generalmente de un grado mayor de acción preventiva.”⁹⁴

En la oportunidad también se argumentó que la inclusión de medidas de Justicia Restaurativa podría ser útil para los Estados como mecanismo que permita ahorrar gastos y en especial como forma de reducir los índices de población penitenciaria, al promover alternativas distintas al encarcelamiento como principal sanción. No obstante para conseguir estos efectos secundarios, sería necesario ampliar su uso no sólo al ámbito de la justicia penal juvenil y a los delitos menores, como generalmente se hace, sino también a otros delitos considerados de mayor gravedad⁹⁵.

En la Declaración de Viena con que finalizó el 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, se recogieron las inquietudes manifestadas respecto de la adopción internacional de principios de Justicia Restaurativa que pudieran servir de guía a los Estados en la reforma de sus sistemas judiciales internos, y particularmente de aquellos que

⁹⁴ *Ibíd.* Pág. 7.

⁹⁵ *Ibíd.*

fueran en directo beneficio de las víctimas para cautelar adecuadamente sus derechos, estableciéndose en el párrafo 27 de la misma que: “Decidimos establecer, cuando proceda, planes de acción nacionales, regionales e internacionales en apoyo a las víctimas que incluyan mecanismos de mediación y justicia restitutiva y fijamos 2002 como plazo para que los Estados revisen sus prácticas pertinentes, amplíen sus servicios de apoyo a las víctimas y sus campañas de sensibilización sobre los derechos de las víctimas y consideren la posibilidad de crear fondos para las víctimas, además de formular y ejecutar políticas de protección de los testigos.”⁹⁶

1.3. La Resolución 2000/14 del ECOSOC

Continuando con la labor a favor de promover la adopción de los elementos de Justicia Restaurativa al interior de los sistemas jurídicos penales, el 27 de julio de 2000 el ECOSOC adoptó la resolución 2000/14, respondiendo con ello al mandato emanado de la Resolución 1999/26, donde además tomó en consideración los debates desarrollados durante el 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. En ésta, se

⁹⁶ Naciones Unidas: *Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: Frente a los Retos del Siglo XXI* (A/CONF.187/4/Rev.3), de 15 de abril de 2000.

pidió al Secretario General que se dirigiera a los Estados Miembros, así como a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, y a los institutos que integran la red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, a fin de recabar su opinión sobre la conveniencia y los medios adecuados de establecer principios comunes para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal, incluida la conveniencia de elaborar un instrumento especial a dicho fin⁹⁷. Además, a efectos de enriquecer la discusión respecto de lo último, también se acompañó un anteproyecto de declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal, que habría de servir de antecedente al instrumento en el que finalmente se recogieron el conjunto de principios relativos a la Justicia Restaurativa adoptado mediante la Resolución 2002/12 por el ECOSOC.

En la Resolución 2000/14 también se pidió al Secretario General que, sin perjuicio de las contribuciones individuales que se hicieran a este respecto,

⁹⁷ Consejo Económico y Social (ECOSOC): Resolución 2000/14, adoptada durante la 43ª Sesión Plenaria, el 27 de julio de 2000. Disponible en “Consejo Económico y Social: Documentos Oficiales, 2000, Suplemento N° 1 (E/2000/99 (SUPP)), Pág. 43.

convocara a una reunión de expertos que se abocara a la tarea de examinar las observaciones que se recibieran de los organismos mencionados en el párrafo anterior, y que a la vez formulara propuestas de medidas ulteriores en relación con la Justicia Restaurativa⁹⁸. Dicha comisión se reunió en Canadá entre el 29 de octubre y el 1º de noviembre de 2001, y de su trabajo emanó un informe que habría de tenerse a la vista durante el 11º período de sesiones del ECOSOC.

1.4. Recomendaciones de la Comisión de Prevención del delito y Justicia Penal

La Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, durante su décimo período de sesiones, en mayo y septiembre de 2001, en cumplimiento y seguimiento de los compromisos adquiridos con arreglo a la Declaración de Viena, elaboró un plan de acción sobre Justicia Restaurativa que contempló tanto medidas nacionales como internacionales que se proponía implementar a los Estados. En general, dichas medidas se limitaban a recoger y traducir en cuestiones más concretas los principios e ideas ya expresadas durante las discusiones del 10º Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, así como aquellas recogidas tanto en la Declaración de Viena, como

⁹⁸ *Ibíd.*

en las resoluciones 1999/26 y 2000/14 del ECOSOC. Así por ejemplo, entre las medidas propuestas en el plano nacional, encontramos la recomendación para que los Estados, especialmente respecto de los delitos de menor cuantía, los traten conforme a la práctica consuetudinaria de la Justicia Restaurativa, privilegiando a su vez el uso de medios conciliatorios para resolver los conflictos de relevancia penal, particularmente la mediación, la reparación civil o los acuerdos de reparación a las víctimas por parte del delincuente, poniendo particular atención respecto de estas últimas en el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos en virtud de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.⁹⁹

Del mismo modo, se recomendaba a los Estados que promovieran a todo nivel una cultura favorable a la mediación y la Justicia Restaurativa, impartiendo

⁹⁹ Naciones Unidas: *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*. Resolución 40/34 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985.

una formación apropiada a los encargados de ejecutar las políticas inspiradas en esta última¹⁰⁰.

Finalmente, por lo que respecta al ámbito internacional, se mandataba al Centro para la Prevención Internacional del Delito para que en coordinación con otros organismos internacionales y regionales, según procediera, intercambiara información sobre experiencias y prácticas demostradas en materia de aplicación y evaluación de los programas de Justicia Restaurativa; así como para que colaborara con la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en el examen de la conveniencia y los medios de establecer principios comunes sobre la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en asuntos penales.¹⁰¹

¹⁰⁰ Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal: *Proyectos revisados de plan de acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI* (E/CN.15/2001/14/Rev.2), distribuido el 6 de septiembre de 2001, Págs. 23-24. También disponible en ECOSOC: Documentos Oficiales, 2001, Suplemento N° 10 (E/2001/30/Rev.1 y E/CN.15/2001/13/Rev.1), Pág. 55 y 56.

¹⁰¹ *Ibíd.*

1.5. El Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa

Tanto en la Resolución 2000/14 del ECOSOC, como en las recomendaciones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal se hacía hincapié sobre la necesidad de convocar a un grupo de expertos que examinara las propuestas que se recibieran respecto a la implementación de los programas de Justicia Restaurativa, y además se pronunciara sobre la necesidad de adoptar un instrumento internacional al efecto. Dicha reunión fue organizada por Canadá, y se llevó a efecto en Ottawa, entre el 29 de octubre y el 1º de noviembre de 2001, constando sus resoluciones en un documento que se analizó durante el 11º período de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal¹⁰², y en el cual se abordaron fundamentalmente tres cuestiones básicas:

- a) El concepto de Justicia Restaurativa;

¹⁰² Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal: *Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa* (E/CN.15/2002/5/Add.1). Distribuido el 7 de enero de 2002.

- b) la conveniencia de un instrumento internacional sobre la materia, y
- c) el análisis del anteproyecto de principios básicos sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal, que había sido acompañado como anexo a la Resolución 2000/14 del ECOSOC.

Respecto del primero de los puntos, el Grupo de Expertos sostuvo que la Justicia Restaurativa era un concepto de difícil definición, toda vez que al nivel práctico sus elementos podían variar notoriamente, dependiendo de los principios y filosofías en los que se basan los sistemas nacionales de justicia penal en cuyo marco se aplican¹⁰³. No obstante también se expresó que a nivel más fundamental existían elementos comunes entre ellos, que podían traducirse en principios básicos que ya se encontraban en aplicación por un gran número de sistemas penales, o bien se estaba examinando su incorporación a ellos. Así, a modo de ejemplo, se citaba que en el ámbito procesal, se estaba “reexaminando la condición jurídica y los papeles de las víctimas, por ejemplo, cuestionando la tendencia de muchos sistemas de justicia penal a considerar los procedimientos

¹⁰³ *Ibíd.*, Pág. 6.

penales como un proceso antagónico entre el Estado y el delincuente en el que la víctima sólo tenía, eventualmente, la condición de testigo”¹⁰⁴. Y en el aspecto sustantivo estaban también en cuestionamiento “las soluciones que se centraban en el castigo del delincuente y no en la reparación del daño”¹⁰⁵.

No obstante esta coincidencia, el Grupo de Expertos se pronunció de manera decidida por la necesidad establecer ciertos principios comunes que sirvieran de guía a fin de uniformar de algún modo los criterios, y así evitar que la Justicia Restaurativa pudiera malinterpretarse o evolucionar hacia algo que fuera tan similar a la justicia penal ordinaria que ya no pudiera generar ideas o enfoques nuevos. De igual forma, planteó la necesidad de avanzar en la elaboración de teorías que sirvieran como telón de fondo a la conceptualización de las prácticas de Justicia Restaurativa, así como realizar esfuerzos por definir, describir o explicar la Justicia Restaurativa a fin de ayudar a los países que no estaban familiarizados con el concepto a desarrollar prácticas que pudieran resultar de utilidad¹⁰⁶. Sin embargo, en todo momento se puso especial énfasis en señalar que

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*, Pág. 8.

toda adopción de principios comunes, elaboración de teoría o desarrollo de conceptos, siempre debía hacerse guardando ciertos criterios básicos de flexibilidad, con el objeto de que las prácticas de Justicia Restaurativa pudieran seguirse desarrollando y evolucionando, y se pudieran explorar nuevas formas de llevarlas a la práctica, así como también permitir la factibilidad de implementar otras alternativas que en el mundo se estaban probando, como la justicia transformativa y la justicia comunitaria.

En cuanto a la conveniencia de adoptar un instrumento internacional sobre la materia, luego de examinar las propuestas de los 37 Estados que hicieron llegar sus observaciones sobre este punto, se concluyó que casi la totalidad estaba de acuerdo en la necesidad de que esto se hiciera. No obstante, la mayoría de los Estados y de los expertos señaló que dicho instrumento no debía poseer un carácter vinculante, y en él se debía recoger lo ya dicho en torno a la necesidad de flexibilidad en toda norma que se estableciera sobre Justicia Restaurativa, debiéndose además explicitar que es complementaria de los sistemas penales tradicionales, y que no existía la imposición de reemplazarlos a todo evento por aquella.¹⁰⁷

¹⁰⁷ *Ibíd.*

Finalmente, en lo que dice relación con anteproyecto de principios básicos sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal, que había sido acompañado como anexo a la Resolución 2000/14 del ECOSOC; el Grupo de Expertos debatió ampliamente sobre él, y en particular respecto del concepto de Justicia Restaurativa. Sobre esto, llegaron a similar conclusión que lo ya más arriba dicho, es decir, que si bien era muy necesario avanzar en una conceptualización, que fuera especialmente útil a aquellos países que aún no se interesaban por las políticas de Justicia Restaurativa o no las aplicaban, se debía tener en cuenta que estos conceptos no debían estar expresados en un lenguaje demasiado preceptista, y no debían impedir un ulterior desarrollo del modelo, rigidizándolo en exceso. Especialmente teniendo en consideración que “la finalidad de los principios básicos era informar y alentar a los Estados Miembros para que adoptaran y normalizaran medidas de Justicia Restaurativa en el marco de sus sistemas jurídicos, pero que no se pretendía conferir a esas medidas carácter obligatorio o preceptivo.”¹⁰⁸

Una vez realizado el estudio pormenorizado del anteproyecto, a la luz de las observaciones realizadas por los Estados, el Grupo de Expertos elaboró un

¹⁰⁸ *Ibíd.*

nuevo borrador que sería presentado ante la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, y que con posterioridad sancionaría el ECOSOC a través de la Resolución 2002/12, por la que se adoptaron en definitiva los *Principios básicos para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal*.

2. Principios básicos sobre utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal, adoptados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 2002

2.1. Preámbulo y definiciones

Como se explicita en el informe del Comité de Expertos¹⁰⁹, con el objeto de dar a entender de mejor forma el concepto de Justicia Restaurativa, especialmente para aquellos Estados que no estaban familiarizados con él, se decidió proponer la inclusión dentro del proyecto de acuerdo sobre principios básicos un Preámbulo, en el que se esbozará los motivos y fundamentos que hacen deseable la adopción de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos penales.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, Pág. 9

Esta novedad propuesta por el Comité de Expertos, sería acogida en el documento definitivo sancionado por el ECOSOC. En él se recuerda a los Estados que en el último tiempo ha habido en el mundo entero un aumento significativo dirigido a implementar elementos de Justicia Restaurativa, los cuales habitualmente se basan en formas de justicia tradicionales e indígenas, en las que el acto delictivo es considerado fundamentalmente un daño a la persona, de ahí que se la entienda como una respuesta evolutiva al delito en el que son las personas, y no la institución estatal en sí, el eje en torno al cual se desarrolla el proceso destinado a resolver el conflicto, teniendo como norte el respeto a la dignidad e igualdad de todas las personas, favoreciendo la comprensión y promoviendo la armonía social, a través de la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.¹¹⁰

Tratándose de estas tres últimas entidades, que en el párrafo 4º de los Principios Básicos se caracterizan como las “partes”, es decir, aquellos que son directamente afectados por el delito, el documento expresa que la Justicia

¹¹⁰ Consejo Económico y Social (ECOSOC): Resolución 2002/12, adoptada durante la 37ª Sesión Plenaria, el 24 de julio de 2002. Disponible en “Consejo Económico y Social: Documentos Oficiales, 2002, Suplemento N° 1 (E/2002/99 (SUPP)), Pág. 42.

Restaurativa les permitiría compartir abiertamente sus sentimientos y experiencias, así como atender a sus necesidades particulares, que han derivado del acto delictivo. A juicio del ECOSOC, esta forma de enfrentar los conflictos penales, daría a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa. Por su parte, respecto de los delincuentes, les permitiría comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad. Tratándose de las comunidades, esto les facilitaría comprender de mejor forma las causas profundas de la acción delictiva, así como promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia.¹¹¹

En este punto, la Resolución 2002/12 hace patente que el objetivo central de la Justicia Restaurativa no se encuentra tanto en castigar al delincuente (como sucede en la tradicional justicia retributiva) sino en propiciar la reparación de la víctima, y el encuentro entre ésta y el delincuente a fin de sanar los daños que el delito pudo producir, para así devolver la paz a la comunidad. De ahí que al definir el “proceso restitutivo” se ponga énfasis en establecer que es “todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen

¹¹¹ *Ibíd.*

conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”.¹¹²

Una cuestión sobre la que se tuvo especial cuidado, fue expresar en el Preámbulo que los procesos de Justicia Restaurativa no son contrarios a los sistemas de justicia penal vigentes, ni menoscaban el derecho de los Estados a perseguir a los presuntos delincuentes, sino que ellos son complementarios de los sistemas tradicionales, dando origen a una serie de medidas de aplicación flexible que tienen en consideración las particulares circunstancias jurídicas, sociales y culturales de cada país.¹¹³

La naturaleza flexible de los mecanismos a través de los cuales se puede hacer aplicación de la Justicia Restaurativa, queda caracterizada de mejor forma al definirse el proceso restitutivo, y establecer que él puede llevarse adelante por medio de distintas iniciativas, como la mediación, la conciliación, las conversaciones y la celebración de reuniones para decidir condenas. En todas ellas, los resultados van siempre encaminados a atender a las necesidades y

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Ibíd.*

responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente. Se privilegian resultados que contemplen la reparación, la restitución y los servicios a la comunidad, por sobre otros de naturaleza puramente punitiva, como sería la simple condena a una pena privativa de libertad.¹¹⁴

2.2. Utilización y funcionamiento de los programas de Justicia Restaurativa

Dado su carácter complementario, el documento de Principios Básicos dispone que los programas de justicia retributiva pueden implementarse en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional. No obstante, para que ello pueda realizarse es necesario que víctima y delincuente estén de acuerdo en sustraer el conocimiento del caso del sistema penal formal y someterse a esta forma alternativa de resolución del conflicto. A su vez, el consentimiento puede ser retirado en cualquier estado en que el proceso se encuentre. Este hecho es importante, ya que la utilización de los programas de Justicia Restaurativa no puede ser impuesta obligatoriamente, sino que los involucrados deben acceder de forma voluntaria a ello y estar de

¹¹⁴ *Ibíd.*

acuerdo sobre los hechos fundamentales del asunto. Las resoluciones que durante su tramitación se adopten deberán ser consentidas por ambas partes (víctima y delincuente), y sólo podrán contener obligaciones razonables y proporcionadas para ellas. El documento de Principios Básicos exige que antes de dar su acuerdo para participar en procesos restitutivos, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión. Y además, a éstas no se las debe coaccionar para que participen en procesos restitutivos o acepten resultados restitutivos, ni se los debe inducir a hacerlo por medios desleales.¹¹⁵

Es requisito para implementar los programas de Justicia Restaurativa que existan pruebas suficientes para inculpar al delincuente que se involucre en ellos, no pudiendo utilizarse la participación de aquél en este proceso como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores. Además, se debe procurar que tanto delincuente como víctima, a reserva de lo dispuesto por la legislación nacional, tengan el derecho a contar con la asesoría de un letrado, y en caso necesario puedan optar a servicios de traducción o interpretación.¹¹⁶

¹¹⁵ *Ibíd.*, Pág. 43.

¹¹⁶ *Ibíd.*

En lo que se refiere al funcionamiento de los programas de Justicia Restaurativa, aunque el documento de Principios Básicos del ECOSOC dispone que los Estados deben considerar la posibilidad de establecer directrices y normas, con base legislativa cuando sea preciso, que rijan la utilización de dichos programas, no determina cuáles habrán de ser aquéllas, sino que se limita a señalar que deberán respetar los principios básicos expresados en el documento. Estos versan, entre otros, sobre las siguientes materias:

- a) Las condiciones para la remisión de casos a los programas de justicia retributiva;
- b) La gestión de los casos después de un proceso retributivo;
- c) Las calificaciones, la capacitación y la evaluación de los facilitadores;
- d) La administración de los programas de justicia retributiva;
- e) Las normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de los programas de justicia retributiva.¹¹⁷

¹¹⁷ *Ibíd.*

Tanto si no es posible llegar a un acuerdo entre las partes, como si los procesos restaurativos no son un recurso apropiado o posible, los casos deberán remitirse a la justicia penal ordinaria, debiendo adoptarse lo más pronto posible una decisión sobre la manera de proceder. Además, tratándose de esta última situación, los funcionarios de la justicia penal deberán esforzarse por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad.¹¹⁸

Producido el acuerdo entre las partes en el marco de un proceso restaurativo, deberá ser supervisado judicialmente o incorporado a decisiones o sentencias judiciales, teniendo la misma categoría de cualquier otra decisión judicial; esto es, producirá efecto de cosa juzgada y no podrá someterse a un posterior enjuiciamiento por los mismos hechos entre las mismas partes.

En caso de que no se dé cumplimiento a los acuerdos adoptados durante el proceso restaurativo, deberá someterse este hecho al propio programa restaurativo o bien, si la legislación nacional así lo dispone, al proceso penal ordinario, debiendo adoptarse sin demora una decisión sobre el curso a seguir. No obstante,

¹¹⁸ *Ibíd.*

el incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no deberá servir de justificación para imponer una condena más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal.¹¹⁹

2.3. Desarrollo continuo de los programas de Justicia Restaurativa

Dado que la Justicia Restaurativa siempre se ha visto como algo novedoso y flexible, una construcción en permanente movimiento y desarrollo que requiere ir legitimándose entre la población y perfeccionándose con el tiempo, en el documento de Principios Básicos, el ECOSOC tal y como venía haciendo en las resoluciones que le precedieron, recomendó a los Estados Miembros que consideraran la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la Justicia Restaurativa y a la promoción de una cultura propicia para la utilización de ella entre las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales. De igual forma, les recomendó que, en conjunto con la ciudadanía, promovieran la investigación sobre los programas de Justicia Restaurativa y su evaluación para determinar en qué medida logran los resultados esperados, sirven de complemento o alternativa al proceso de justicia penal, y arrojan consecuencias positivas para todas las partes.

¹¹⁹ *Ibíd.*

Con este fin, en el documento de Principios Básicos se sugiere la celebración de consultas periódicas entre las autoridades de justicia penal y los administradores de programas de Justicia Restaurativa, a objeto de ir elaborando una concepción común de los procesos y resultados restaurativos y potenciar su eficacia, para de este modo expandir la utilización de este tipo de programas y estudiar medios de incorporar ciertos criterios que a ellos inspiran dentro de las prácticas de la justicia penal tradicional.¹²⁰

3. El 11º Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal

Durante la celebración del 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Bangkok entre el 18 y 25 de abril de 2005, se llevó a cabo un seminario denominado “Potenciación de la Reforma de la Justicia Penal, Incluida la Justicia Restaurativa”, en el cual se continuó discutiendo respecto de la utilidad de recurrir a estos enfoques alternativos como respuesta frente al delito, y particularmente como una opción a utilizar en lugar del tradicional encarcelamiento.

¹²⁰ *Ibíd.*, Pág. 44.

En el Documento de Antecedentes que se acompañó a este seminario, se constató que en muchos países, pese al considerable aumento de las inversiones realizadas en mejorar los sistemas de justicia penal, especialmente en áreas como policía, enjuiciamiento, encarcelamiento y promulgación de nuevas leyes penales, no parece haberse reducido la tasa de criminalidad ni aliviado la ansiedad de la población con respecto a la victimización.¹²¹ De ahí que en un buen número de ellos se estuviera recurriendo a la Justicia Restaurativa “como medio de remitir los casos apropiados fuera del sistema de justicia penal y como una idea para modificar la aplicación de la justicia en el sistema de justicia penal, aumentando la utilización de dispositivos como la sentencia que no requiere encarcelamiento, la restitución y la reforma con objeto de reducir la victimización secundaria en el sistema de justicia penal”¹²².

¹²¹ Naciones Unidas: *Documento de Antecedentes. Seminario 2: Potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la Justicia Restaurativa* (A/CONF.203/10). 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Bangkok, 18 a 25 de abril de 2005, Pág. 19.

¹²² *Ibíd.*

Se llama particularmente la atención, sobre el hecho de que en toda reforma del sistema de justicia penal, resulta imprescindible la participación de otras instituciones de la sociedad, entre los que se incluyen los institutos de salud mental, las instituciones religiosas, las fuerzas armadas, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales, los sistemas de salud, los centros de investigación, etc. Todos pueden resultar útiles a la hora de cumplir labores asociadas a la justicia penal, y protagonistas en su mejoramiento, actuando a su vez como importantes modelos para la creación de una nueva institucionalidad y la reforma de la existente.¹²³

Reafirmando lo anterior, en el documento se estima que todo cambio que se quiera propiciar en sistema de justicia penal requiere del involucramiento activo, o al menos la conformidad, de la comunidad en su conjunto. Especialmente cuando se trata de reformas progresivas, que implican un mayor uso de mecanismos alternativos a los habitualmente ofrece el sistema tradicional. Por esta razón, se hace necesario que los gobiernos realicen esfuerzos por llevar a cabo una mayor inversión en iniciativas que sirvan para informar al público, y

¹²³ *Ibíd.*, Págs. 16-17.

sensibilizarlo frente a los mayores beneficios que el uso de estos sistemas alternativos puede tener.

Como se afirmó en la oportunidad: “Los esfuerzos por mejorar la justicia penal mediante la Justicia Restaurativa incluirán también a las instituciones que tradicionalmente no están relacionadas con la justicia penal y requerirán la participación de grupos de la sociedad civil y de la comunidad en general.”¹²⁴

¹²⁴ *Ibíd.* Pág. 17.

CAPÍTULO IV:

INTRODUCCIÓN EN CHILE DE LOS

PRINCIPIOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

1. Elementos de Justicia Restaurativa en el Nuevo Código de Procedimiento Penal

Autores como Rafael Blanco sostienen que en Chile se puede tomar como primera aproximación al uso de elementos de Justicia Restaurativa ciertas propuestas para establecer “tribunales populares” durante el gobierno de la Unidad Popular en el período '70-'73¹²⁵, esta afirmación es discutible. En realidad, hasta la vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal no se puede hablar de modo certero de la aplicación de este tipo de principios en nuestro país, aunque ello haya sido hecho de forma gradual.

¹²⁵ Blanco, *Ob. Cit.*, Pág. 61 y siguientes.

1.1. El nuevo papel de la víctima

Uno de los aspectos que salta a la vista al analizar el nuevo modelo procesal penal implementado en Chile, es que en él, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, se ha otorgado a la víctima un papel bastante más relevante, al menos tratándose de algunos momentos del proceso.

Como afirma el profesor Raúl Tavolari, bajo el antiguo régimen la víctima carecía de toda facultad para hacer valer durante el juicio su situación de tal, negándosele la posibilidad de actuar como “víctima”, sino que para hacerlo debía necesariamente interponer querrela, lo cual la hacía variar su calidad procesal, ya que en ese caso actuaría como querellante y no como víctima. Según este autor: “no hay instituto del Código, instancia o evento procesal que incluya a la víctima entre sus protagonistas...”¹²⁶. Y más aún, sostiene que la situación era de tal rigor que incluso el artículo 120, “usualmente invocado para demostrar que el secreto del sumario penal no tiene la severidad que se reprocha, y que dispone que a las inspecciones personales que practique el juez se debe citar al querellante, al Ministerio Público y a quien estuviere detenido o hubiere sido procesado, omite

¹²⁶ Tavolari, Raúl: *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 293

toda referencia a la víctima, en elocuente demostración del olvido o el desinterés del legislador”¹²⁷.

De ahí la importancia que a este respecto adquiere la reforma, toda vez que por su medio en nuestro sistema legal por primera vez se lleva a cabo el reconocimiento de la víctima como sujeto procesal y la consagración de un amplio catálogo de derechos a su favor. Tanto el nuevo Código, como el conjunto de las normas que integran la reforma procesal penal, permiten al ofendido por el delito ejercer importantes facultades sin necesidad de convertirse en parte acusadora (querellante).

A decir de Tavolari, “el nuevo Código observa una preocupación constante por este sujeto tan importante que es la víctima, al grado que no parece exagerado afirmar que una de las notas distintivas del nuevo cuerpo legal es, precisamente, su preocupación por dicha víctima, como se demuestra con la exigencia legal que impone que en todo recinto policial, de juzgados de garantía, de tribunales de juicio oral en lo penal del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública,

¹²⁷ Tavolari, *Ob. Cit.*, pp. 292-293.

deberá exhibirse en un lugar destacado y claramente visible al público, un cartel en el cual se consignen los derechos de las víctimas”.¹²⁸

La ley define a la víctima en el artículo 108 del Código como el “ofendido por el delito”, esto es “aquella persona que sufre las consecuencias perniciosas del acto ilícito que se atribuye al imputado”¹²⁹, y a este sujeto se le reconocen el conjunto de derechos que la ley consagra, y no requiere deducir querrela para ejercerlos. No obstante el Código también se pone en la situación de que producto del delito la víctima haya fallecido, o no pudiese ejercer los derechos que la ley le otorga, situaciones en que podrán hacer ejercicio de ellos, siendo considerada víctima para estos efectos:

- a. el cónyuge y los hijos;
- b. los ascendientes;
- c. el conviviente;
- d. los hermanos, y
- e. el adoptado o adoptante.

¹²⁸ Tavolari, *Ob. Cit.*, p. 301.

¹²⁹ Carocca Pérez, Alex: *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Santiago: Editorial LexisNexis, 3ª edición, 2005, p. 78.

En cuanto a los derechos que la nueva normativa reconoce a la víctima, ellos se encuentran expresados fundamentalmente en el artículo 109. También los hay en otras disposiciones dispersas, pudiendo resumirse en el siguiente catálogo:

1. Derecho de protección
2. El Derecho a recibir un trato digno
3. Derecho de intervención
4. Derecho de audiencia
5. Derecho a la información
6. Derecho a la reparación

A efectos de nuestro estudio, el derecho más relevante de aquéllos que actualmente asisten a la víctima durante el proceso es el “Derecho a Reparación”, en tanto él constituye una de las bases de la mayoría de los modelos de Justicia Restaurativa, particularmente cuando dicha reparación proviene de un acuerdo directo entre víctima y ofensor.

Nuestra legislación, luego de la reforma contempla dos mecanismos que sirven como medio para satisfacer el Derecho de la víctima a obtener reparación: la *suspensión condicional del procedimiento* y los *acuerdos reparatorios*. Ambos son señalados como salidas alternativas, puesto que su función es poner término

anticipado al procedimiento, y sus consecuencias naturales no redundarán en la imposición de una pena privativa de libertad por sobre la persona del imputado. Según apunta Carocca: “Se trata de mecanismos que tienen por objeto poner término anticipadamente a un proceso penal por determinados delitos que no merecen una pena de privación de libertad demasiado alta, después de la formalización de la investigación, por medio de un acuerdo entre el fiscal y el imputado, con la aprobación del juez de garantía, previo cumplimiento de una condición.”¹³⁰

De estos métodos alternativos de resolver el conflicto penal que la actual ley contempla, pensamos que sólo los acuerdos reparatorios pueden ser considerados un procedimiento propio de Justicia Restaurativa, en cuanto la suspensión condicional si bien implicará en la práctica que el imputado no deberá pagar con encierro por el acto ilícito (que sería una especie de resultado restaurativo), en la determinación de la sanción y en la discusión sobre la procedencia de aplicar esta salida, no tendrá una participación directa la víctima, más allá de que entre los acuerdos producidos entre imputado y Fiscal (con aprobación del Juez de Garantía) se determine como medida que este realice

¹³⁰ Carocca, Ob. Cit., p. 179

alguna acción positiva en función de resarcir a aquélla del mal que ha recibido. Como ha sido definida en doctrina, la suspensión condicional del procedimiento es un “un mecanismo procesal que permite a los fiscales del ministerio público, con el acuerdo del imputado y con la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen ciertos requisitos previstos en la ley y se satisfacen determinadas condiciones fijadas por el juez, que permiten suponer que el imputado no volverá a ser imputado de un delito.”¹³¹

1.2. Los acuerdos reparatorios

Según señalan Horvitz y López, esta institución consiste en “un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal.”¹³²

¹³¹ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 552

¹³² Horvitz y López, Ob. Cit., Págs. 568-569.

En este caso, estamos en presencia de una institución ligada fuertemente a un modelo de Justicia Restaurativa, lo que dice relación con una idea de concebir la ilicitud penal como la producción de un daño, es decir, como la afectación de los bienes e intereses de una persona determinada. La persecución permanece en manos del individuo que ha soportado el daño y el estado no interviene coactivamente en el conflicto, que permanece entre las partes y, cuando lo hace, es porque quien sufrió la afectación de sus intereses lo solicitó expresamente.

Cabe destacar que si bien en este caso la idea de reparación puede importar, en un sentido lato, el pago de una suma de dinero por parte del imputado a la víctima, para resarcirla del mal que se le ha causado, en lo hechos, el objeto del acuerdo puede no sólo versar sobre el pago de una indemnización, sino sobre cualquier otro mecanismo que pueda pactarse entre ambos involucrados, y que sirva para que la víctima se sienta reparada, toda vez que la ley no hace imposición alguna sobre el objeto sobre el cual el acuerdo puede versar, con la sola limitación de que debe ser lícito.

Para que procedan, los acuerdos reparatorios deben cumplir los siguientes tres requisitos, establecidos por el artículo 241:

- a. Sólo pueden referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.
- b. El imputado y la víctima deben prestar su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.
- c. No puede existir un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

De la sola lectura de los anteriores requisitos, queda en claro el rol relevante que cabe a la víctima respecto a estos acuerdos. Ella debe siempre prestar su consentimiento de forma libre y con pleno conocimiento de lo que está haciendo. Por ello el Ministerio Público, si bien no participa directamente en la celebración del acuerdo ni en las formas de reparación concordadas, tiene el deber de informar a ésta acerca de los alcances que esta institución tiene, tanto de sus efectos civiles como penales, como del hecho que una vez aprobado el acuerdo reparatorio se dictará sobreseimiento definitivo en la causa¹³³. De igual manera,

¹³³ FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, Instructivo general N° 34 sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios, de 14 de diciembre de 2000, punto N°

cuando la víctima hubiere designado abogado debe cumplir esta obligación también respecto de él.

Es tal la importancia de que la víctima preste su consentimiento de manera libre e informada, que el Ministerio Público puede oponerse a aquellos acuerdos en que detecte que no ha ocurrido así. Igual cosa podrá hacer en los casos en que se encuentre involucrado un interés público prevalente.

2. Justicia restaurativa en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente

Siguiendo el camino iniciado con la reforma al proceso penal general en Chile, al adoptarse la nueva ley sobre responsabilidad penal adolescente, también se optó por introducir elementos y mecanismos de Justicia Restaurativa aplicables a este ámbito. En ese sentido, la mayoría de las disposiciones, al menos en su formulación original¹³⁴, iban orientadas a hacer que la cárcel fuera siempre un

¹³⁴ Decimos que sólo en principio se estableció en nuestro sistema la excepcionalidad de la privación de libertad, porque si bien en el proyecto y en texto de la ley esto era así, e incluso aún pudiera entenderse de esta manera, dado la variedad de sanciones que el nuevo sistema contempla, en la práctica ello fue muy relativizado luego de la adopción de la ley 20.191, ya que a través de esta se impuso al juez la obligatoriedad de someter al menor infractor a un sistema

resultado excepcional, prefiriéndose, en la medida de lo posible, sanciones distintas de aquélla, como propone la Convención sobre los Derechos del Niño. Para lo anterior, la nueva ley introdujo un abanico amplio de sanciones, no privativas de libertad, entre las que el juez puede optar al momento de decidir un caso. Ellas van desde la simple amonestación verbal hasta la reparación del daño o la libertad asistida, incluyéndose también los trabajos en beneficio de la comunidad. En la mayoría, es fácil observar que lo que se busca son precisamente resultados de aquellos que nosotros hemos caracterizado como “restaurativos”.

Sin embargo, particularmente la sanción de “Reparación del daño” resulta interesante a objetos de nuestro estudio, ya que es una manifestación de la introducción de mecanismos que tienen por fin provocar resultados restaurativos en el ámbito de la justicia penal adolescente, haciendo uso a la vez de procedimientos restaurativos.

De acuerdo al artículo 10 de la Ley 20.084, la reparación del daño consiste en “la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, sea mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa

cerrado de reclusión en determinados casos, y al menos durante la primera parte de cumplimiento de la condena.

objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor.”¹³⁵ De acuerdo al artículo 23, esta pena puede ser impuesta tanto en las faltas como en los delitos que van entre 541 días y 3 años. Además, en caso de incumplimiento, se aplicará la libertad asistida, en cualquiera de sus formas, por un período de hasta 3 meses¹³⁶.

Una vez impuesta la condena por el juez, en un procedimiento formal en el que ambas partes deberán manifestar su acuerdo con dicha condena, la resolución en cuanto a la forma y alcances en que el daño deberá ser reparado por el menor, de acuerdo a las Orientaciones Técnicas elaboradas por el SENAME¹³⁷, deberá hacerse bajo la forma de un programa de mediación, al cual deberán asistir tanto víctima como imputado. A dicha institución pública además, le asiste la responsabilidad de actuar como mediador en este caso, proponiendo las bases necesarias para que se produzca el acuerdo entre las partes.

¹³⁵ LEY 20.084, artículo 10

¹³⁶ LEY 20.084, artículo 52 N° 3.

¹³⁷ Servicio Nacional de Menores, Resolución Exenta N° 0081/B, «*Orientaciones Técnicas Programa de Reparación del Daño*», de 2 de marzo de 2007

Según estas orientaciones técnicas, para la ejecución de esta medida se han establecido como objetivos específicos que se deben perseguir durante la intervención¹³⁸:

1. Controlar e informar las condiciones de cumplimiento de la sanción de reparación del daño;
2. Favorecer que el adolescente y su víctima lleguen a un acuerdo que permita reparar el daño ocasionado a partir de la infracción penal;
3. Propiciar y facilitar un proceso de acuerdo entre víctima e infractor que involucre los intereses u necesidades de ambas partes;
4. Favorecer durante el control de la ejecución el desarrollo de un proceso que propicie alcanzar niveles de responsabilización en el adolescente infractor;
5. Favorecer un manejo informativo por parte del adolescente infractor y su familia que permita una adecuada ejecución de la reparación comprometida con la Víctima; y

¹³⁸ Servicio Nacional de Menores, Resolución Exenta N° 0081/B, «Orientaciones Técnicas Programa de Reparación del Daño», de 2 de marzo de 2007, p. 4.

6. Propiciar, durante el desarrollo de la intervención, un proceso socioeducativo que le permita al adolescente generar y/o potenciar habilidades prosociales que le faciliten un inserción social positiva o efectiva.

Como podemos observar, de acuerdo a los objetivos antes descritos, al personal encargado de llevar adelante la intervención en este tipo de sanciones le cabe un rol fundamental, cual es la de buscar un acuerdo entre víctima y menor infractor, que por una parte vaya en el sentido de provocar en el menor una responsabilización por sus actos, que incluya no sólo el reconocimiento del daño causado, sino también una valorización de los intereses de la víctima y la generación de aprendizajes que favorezcan la integración social del adolescente, o al menos su no desvinculación de la comunidad. A su vez, el mediador también debe encargarse de cautelar los intereses propios de la víctima, atendiendo a los distintos grados de victimización que puedan concurrir en cada caso. Para ello, este funcionario debe realizar una adecuada evaluación de la situación de la víctima, referida tanto a su capacidad para enfrentarse con su victimario, como a las posibilidades reales de identificar sus intereses, cuestión esta última muy importante, toda vez que en la sanción será relevante el cómo la víctima entiende sus perjuicios y si se siente satisfecha con los medios que se proponen para resarcirlos, a fin de que la imposición de esta pena proceda.

Según dispone al artículo 111 del Reglamento de la Ley 20.084, se entenderá que la reparación se ha producido sólo cuando el adolescente reconozca el daño, se disculpe y el afectado acepte sus disculpas; o cuando se produzca el resarcimiento material o la compensación simbólica del daño sufrido por la víctima.

CONCLUSIONES:

**ALCANCES DE LA RESOLUCIÓN DE LA ONU Y
OPINIÓN CRÍTICA SOBRE LA JUSTICIA
RESTAURATIVA EN CHILE. PROPUESTAS DE
POLÍTICA PÚBLICA**

Como hemos visto en este trabajo, la Justicia Restaurativa más que un “movimiento”, se ha ido transformando en los últimos años en una realidad, con implementación práctica en diversas regiones del mundo. Su uso, si bien nacido principalmente en el ámbito del derecho penal juvenil, progresivamente se ha ido extendiendo también al derecho penal de adultos.

Dado que a la Justicia Restaurativa se la identifica con un cuerpo teórico y práctico “vivo”, y por tanto sujeto a numerosos cambios; derivados del hecho de que en la base de sus principios inspiradores se encuentra la idea de que es imprescindible que ella se adecue a la realidad propia de cada lugar en que vaya a

ser aplicada (considerando las particularidades de la tradición, historia e idiosincrasia de las personas), resulta muy complejo pretender dar una caracterización única y definitiva de esta forma alternativa de resolver conflictos. No obstante, pensamos que en estas páginas han quedado claros los requisitos básicos que determinados programas, procedimientos y resultados deben reunir para ser considerados *restaurativos*.

En atención a que la Justicia Restaurativa se la considera un medio de hacer frente a los problemas criminales con el respeto pleno de los derechos humanos, y dados los buenos resultados que se han recabado en algunas experiencias, es que la ONU ha venido trabajando en la difusión de estos mecanismos, para que sean adoptados e implementados por la mayor cantidad de países posible, como parte de una reforma profunda a los sistemas criminales.

La Resolución elaborada por el ECOSOC en 2002 va en ese sentido, procurándose que a través de ella sea posible ir uniformando algunos criterios y principios orientadores que sirvan de guía a los Estados que todavía no han optado por introducir mecanismos restaurativos en sus legislaciones. Estados que aún no han iniciado la aplicación de esta nueva forma de mirar el delito y a quienes se ven involucrados en él. La justicia restaurativa más que un conjunto de normas y estrategias, es ante todo una nueva forma de mirar el mundo, a través de

un nuevo prisma. De ahí que se entienda que la Justicia Restaurativa es un cambio de paradigma, que implica transitar desde un sistema marcadamente punitivo, en que lo realmente importante es el castigo; a otro en que se tomen en consideración también otras variables, en vista a efectivamente resolver los conflictos penales, sanando las heridas y garantizando de este modo una paz social verdadera.

Sin duda un cambio de este estilo va a ser algo difícil de materializar, sobre todo en sociedades que hacen del delito y la criminalidad un verdadero chivo expiatorio de los males, el terreno propicio para actitudes populistas que amparadas en la preocupación que existe actualmente en la población por el tema de la seguridad, puede utilizar el problema de la delincuencia para promover una restricción de las libertades personales. De ahí que promover los éxitos alcanzados a través de las experiencias de Justicia Restaurativa (en el mundo y también en Chile) sea tan importante, en tanto ello es una prueba de que otra forma de enfrentar el delito es posible, y que a través de ella se pueden obtener incluso mejores resultados que con la justicia penal tradicional y retributiva a que estamos acostumbrados.

Ahora bien, aunque aceptamos la idea de que la Justicia Restaurativa es un cuerpo que requiere de flexibilidad para que pueda surtir efectos, y que por ello

no pueden definirse directrices demasiado estrictas que lleven a su anquilosamiento, echamos en falta que la Resolución del ECOSOC sobre Principios Básicos de Justicia Restaurativa no se hayan convertido en una Declaración formal de la ONU. Si bien ésta puede no tener un carácter vinculante y de exigibilidad perentoria, sí permitiría ir instituyendo un conjunto de principios que pudieran transformarse en principios generales. Incluso con el tiempo y la práctica de los Estados y los organismos internacionales, pudieran llegar a constituirse en normas consuetudinarias de derecho internacional.

Dada la poca fuerza vinculante que una resolución del ECOSOC tiene, ella no sirve más que de orientación. Por tanto, los intentos de la ONU por promover el uso de la Justicia Restaurativa pueden quedar como un conjunto de buenas intenciones.

Un Declaración de la ONU sobre principios básicos de Justicia Restaurativa, dado el carácter que tiene ese tipo de instrumentos, serviría para postular un conjunto de propósitos de la comunidad internacional en torno a transformar los sistemas de justicia criminal, optando por mecanismos alternativos, más humanos, donde primen las personas y sus necesidades y no sólo la razón de Estado. En nuestra opinión, la adopción de una Declaración por parte de la ONU, no permitiría afirmar que el Estado ha incurrido en un acto

ilegal al no someterse a ella, pero podría servir de base a la institucionalización de este tipo de mecanismos.

En lo que respecta a Chile, reconocemos que a través de las reformas introducidas al sistema procesal penal y especialmente a la justicia penal adolescente, se han hecho esfuerzos por aplicar la Justicia Restaurativa. Sin embargo, creemos que hasta ahora esos esfuerzos han sido insuficientes.

Tratándose del sistema procesal penal general, la utilización de la mediación también en áreas y tipos delictivos, más allá de los casos contemplados actualmente, podría ser positivo. Pensamos que se debería involucrar a la comunidad en el desarrollo de estas iniciativas, tal y como se hace en otras experiencias, en donde la familia, y el entorno de los involucrados, tienen un rol importante que jugar. A nuestro juicio, es un hecho que una de las razones del aumento del nivel de la delincuencia, y de la impunidad con que la criminalidad se ha tomado calles y barrios, es la falta de una mayor participación comunitaria de la población, que actúe no sólo reactiva sino preventivamente. Iniciativas como los planes cuadrante implementadas por Carabineros han tenido hasta ahora evaluaciones bastante positivas. Y por tanto, si la comunidad puede actuar por esa vía, ¿por qué no fomentar su participación más allá, hacia la resolución de los conflictos? No nos cabe duda que si la población conociera realmente el sistema

de Justicia Penal, lo comprendería y pudiera ser parte de él; su percepción frente al crimen, a la seguridad ciudadana y al sistema mismo podría cambiar, y sería menos manipulable por los medios de prensa. Ello a su vez sería mucho más efectivo, que llenar las calles de cámaras de vigilancia, sin que se haya demostrado que sirven para controlar de manera efectiva el delito. Frente a una cámara instalada en una esquina, al delincuente le bastará con cambiarse de cuadra para seguir cometiendo sus crímenes, cuestión que no sucedería si es la ciudad misma la que toma las calles, y hace un uso ciudadano de ellas.

Dado que Chile es un país que puede ser considerado multicultural desde el punto de vista étnico, también sería interesante que se tomaran en cuenta dentro del proceso penal las particularidades propias de esas culturas y su tradición, y en base a ello se fuera elaborando un sistema de procedimientos acordes a esa situación.

Por su parte, en lo que respecta a la justicia penal adolescente, es esa un área en donde queda aún bastante por adelantar. Muchos de los principios que integran la Justicia Restaurativa se encuentran ya contemplados en la normativa internacional de menores, y particularmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, que fija su atención en que toda medida que se tome debe ir inspirada por el principio del *interés superior del menor*, y el uso del

encarcelamiento es la última opción. A nuestro juicio, luego de la reforma introducida por la ley 20.191, eso no se está cumpliendo, ya que se obliga a los jueces a que frente a determinadas categorías de delitos, deban someter a encierro al menor obligatoriamente, con lo cual toda la diversidad de sanciones que la ley 20.084 contempla, queda en letra muerta, ya que es el encierro la respuesta que el sistema es capaz de imaginar para resolver los conflictos penales.

En lo que se refiere a los mecanismos de Justicia Restaurativa que la ley contempla, pensamos que aunque la sanción de reparación del daño es interesante, ella dista aún de ser adecuada para satisfacer los requerimientos de un programa efectivamente restaurativo, por la forma en que esté concebida. Si bien en la ley se especifica que para dictar esta medida tanto víctima como imputado deben estar de acuerdo en el uso de esta sanción, en los hechos, su adopción muchas veces no saldrá de un acuerdo plenamente voluntario, ya que el menor, ante la opción de que si no acepta la reparación se verá sometido a una sanción mayor, como la libertad vigilada, entonces se sentirá forzado o coaccionado a consentir en concurrir a la reparación. Esto es contrario a la Justicia Restaurativa, ya que es requisito para que cumpla sus objetivos, que el menor efectivamente se responsabilice por sus actos, sin coacciones de ningún tipo, ya que es la única forma de que, a través de la toma de conciencia de lo

dañino de su comportamiento y el arrepentimiento, se produzca también a su respecto la reparación necesaria.

En atención a lo expuesto, pensamos que se hace necesario que en Chile se abra un amplio debate en torno al uso de la Justicia Restaurativa y sobre los mejores mecanismos para implementarla. Y que se haga sin miedo, y sin calcular previamente los efectos políticos y electorales que una medida así podría tener. Hasta que la ciudadanía tome conciencia de que con el encarcelamiento de los delincuentes nada se consigue, salvo abarrotar cada vez más cárceles, y violentar eventualmente los derechos de personas que si bien han transgredido la ley, comprometiéndolo con ello la paz social, no por eso dejan de ser seres humanos, y por tanto objeto de respeto. De hecho, en la actualidad, dada la realidad de nuestro sistema carcelario, las personas que son sometidas a encierro, además de pagar con la privación de libertad por sus crímenes, también deben hacerlo con el hacinamiento, la falta de privacidad y la negación a veces de beneficios a que cualquier ciudadano tiene derecho, sea cual sea el crimen que haya cometido.

Por otra parte, si razones valóricas para asumir de manera decidida la implementación de la Justicia Restaurativa en Chile fueran insuficientes, también hay motivos de eficiencia que hacen aconsejable optar por este tipo de modelos.

En este sentido, creemos importante llamar la atención sobre un hecho que ha sido destacado en la doctrina, y que reafirma la importancia de recurrir a estos métodos alternativos de resolver los conflictos basados en la Justicia Restaurativa. Cuestión que es aplicable no sólo respecto de los acuerdos reparatorios, sino también de la suspensión condicional del procedimiento, en cuanto fuente esta última de resultados restaurativos. Esta salida alternativa a las penas privativas o restrictivas de libertad plantea la posibilidad de auxiliar a la víctima por la vía de establecer como condición de la suspensión, la reparación del daño ocasionado por el delito que puede manifestarse en el pago de una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. A nuestro juicio los postulados de la justicia restaurativa encuentran aquí una materialización concreta, se privilegia la búsqueda de una solución al conflicto que representa el delito, más que la pura imposición de una sanción frente al mismo. Hay una clara preocupación por desagraviar a la víctima, que recupere la condición en que se hallaba hasta antes de la comisión del ilícito.

Ambos tipos de mecanismos, además de servir de vía efectiva para que las víctimas vean satisfechas sus pretensiones de reparación, son un buen medio para descongestionar el sistema y evitar la excesiva judicialización de causas que, por el tipo de delito que se trata y la condición del imputado involucrado, no

ameritarían la prosecución de un proceso penal formal. Se ha llamado la atención por ejemplo, sobre el caso colombiano, en que precisamente uno de los argumentos que se usó a favor de usar la Justicia Restaurativa fue descongestionar los sistema penales de justicia tradicional, que muchas veces por sobrecarga de trabajo no brindan una justicia suficientemente adecuada.¹³⁹

Como señala Carocca respecto de estas salidas alternativas que contempla nuestra legislación: “Su funcionamiento es de la mayor importancia en un sistema moderno de justicia criminal, porque evita tener que emplear todos los recursos públicos que significa tramitar un proceso completo, cuando el imputado acepta cumplir una condición que significa que no va a perseverar en sus conductas delictivas y/o pagará una indemnización a la víctima. Se trata, por lo tanto, de mecanismos de descongestión del sistema por una parte y, por la otra, de poderosas herramientas de política criminal, en cuanto permiten dar oportunidad al imputado de evitar la condena a una pena privativa de libertad, con todos sus perniciosos efectos.”¹⁴⁰

¹³⁹ Ver *Supra*, Capítulo III.5

¹⁴⁰ Carocca, Ob. Cit., pp. 179-180

Así lo ha entendido el Ministerio Público, y por ello en su instrucción general N° 34 ha dispuesto que en lo casos en que sea procedente un acuerdo reparatorio, es deber de la Fiscalía desplegar una serie de actividades tendientes a que éste llegue a producirse, por ejemplo, invitando a la víctima y al imputado para que concurran voluntariamente a su presencia u ofreciéndoles que concurran voluntariamente a un centro especializado en mediación, cuando hubiere uno en la región respectiva.¹⁴¹

En la práctica tanto los acuerdos reparatorios como la suspensión condicional se han transformado en un medio habitual de dar salida a cierta clase de conflictos penales, como se desprendería del hecho que, de los casos terminados durante el 2005, un 32% correspondió a suspensión condicional y un 4% terminó en acuerdo reparatorio. Es decir, del total de casos judicializados, un 36% correspondió a salidas alternativas, frente a un 34% que terminó por sentencia condenatoria¹⁴², lo cual constituye un porcentaje no menor, principalmente si consideramos que en ellos se evitó usar el total de la maquinaria

¹⁴¹ Fiscalía Nacional del Ministerio Público, Instructivo general N° 34 sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios, punto N° 19 de 14/12/2000.

¹⁴² MINISTERIO PÚBLICO, Boletín Estadístico Anual, año 2007.

penal, con el consiguiente ahorro de recursos que ello significa, y que todos los imputados en esos casos han tenido la oportunidad de pagar de una manera no punitiva sus faltas.

Como se puede observar, existen tanto razones valóricas como prácticas que justifican que el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos sea considerado una salida válida, especialmente si se lo contrasta con los problemas que presenta el sistema penal formal. Por ello, resulta necesario y deseable realizar todas las labores y gestiones que sean pertinentes para extender su uso y así, progresivamente, ir evolucionando del sistema tradicional de justicia retributiva, que según Nils Christie sólo es capaz de causar dolor sin conseguir ningún resultado realmente positivo, a una visión que se enfoque en reconstruir y restaurar del daño generado por la conducta antisocial a la víctima y a la comunidad propiciando así la reinserción social del agresor.¹⁴³

¹⁴³ N. Christie, en los textos consultados para este trabajo, permanentemente recalca la necesidad de buscar respuestas alternativas a la respuesta estereotipada del Estado frente al delito que es la pena impuesta por el sistema retributivo tradicional. La ausencia de resultados positivos, a que apunta Christie, se refiere, por ejemplo, al encarcelamiento al que considera peligroso primero como fuente de dolor y sufrimiento permanente para el victimario y segundo, porque constituye una verdadera capacitación para el crimen. El sistema penal retributivo genera

una mayor dificultad para integrar a la vida común y poder así socializarla a través de lo cotidiano, ha dicho el autor. Christie sostiene que el aparato judicial requiere tomar conciencia de que está distribuyendo intencionalmente dolor y recomienda que las sociedades busquen soluciones civilizadas que apunten al diálogo, mediación y negociación devolviendo así la autoridad a las comunidades locales para resolver los conflictos. Con esto, esa situación de expropiación propia del sistema penal retributivo, que vive la víctima tanto del bien por parte de quien realiza la conducta desviada como la de participar en su propio conflicto de parte del Estado, se ve superada.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS IMPRESOS:

- 1) ARÉCHAGA, Patricia, BRANDONI, Florencia, RIDOLÍA, Matilde [comp], «*La trama de papel: sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*», Buenos Aires: Galerna, 2005
- 2) BARATTA, Alessandro – SILVERNAIG, Michael. «*La legislación de emergencia y el pensamiento jurídico garantista en el proceso penal*» en Revista Doctrina Penal, Año 8, 1985, pp. 559-595
- 3) BARMAT, Norberto Daniel, «*La mediación ante el delito: una alternativa para resolver conflictos penales en el siglo XXI*», Córdoba: Marcos Lerner, 2000
- 4) BETANCUR Belisario.[et al.]. «*Conflicto y contexto: resolución alternativa de conflictos y contexto social*», Santafé de Bogotá, Colombia: Programa de Reinserción, TM Editores, 1997

- 5) BLANCO, Rafael & ROJAS, Hugo, «*Las Salidas Alternativas en el Nuevo Proceso Penal Chileno*», en Colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, No. 8, 2005.
- 6) BLANCO, Rafael y otros, «*Justicia restaurativa, marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de política pública*», en Colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, No. 6, 2004), 91 p
- 7) CAROCCA PÉREZ, Alex: «*El Nuevo Sistema Procesal Penal*». Santiago: Editorial LexisNexis, 3ª edición, 2005
- 8) CHRISTIE, Nils, «*Los límites del dolor*», Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001
- 9) CHRISTIE, Nils, «*Una Sensata Cantidad de Delito*», Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004
- 10) CHRISTIE, Nils: «*Los Conflictos como Pertenencia*», en Maier, Julio [comp.], «*De los Delitos y de las Víctimas*». Buenos Aires: Editorial AD-HOC, 1992

- 11) COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL: *Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa* (E/CN.15/2002/5/Add.1). Distribuido el 7 de enero de 2002.
- 12) COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL: *Proyectos revisados de plan de acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI* (E/CN.15/2001/14/Rev.2), distribuido el 6 de septiembre de 2001, Págs. 23-24. También disponible en ECOSOC: Documentos Oficiales, 2001, Suplemento N° 10 (E/2001/30/Rev.1 y E/CN.15/2001/13/Rev.1)
- 13) DECLARACIÓN DE COSTA RICA SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN AMÉRICA LATINA. Santo Domingo de Heredia, 21 al 24 de septiembre de 2005
- 14) DÍAZ GUDE, Alejandra, «*Justicia restaurativa: conceptos y modelos prácticos*», en Boletín jurídico del Ministerio de Justicia, Santiago de Chile, Año 3, n° 6, septiembre de 2004, pp. 15-29
- 15) FELLINI, Zulita [Directora] «*Mediación penal: reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*» LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2002

- 16) FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, Instructivo general N° 34 sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios, de 14 de diciembre de 2000
- 17) FOUCAULT, Michel: «*La Verdad y las Formas Jurídicas*». Barcelona: Editorial Gedisa, 1996
- 18) GARLAND, David: «*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*». Barcelona: Editorial Gedisa, 2005;
- 19) GUEVARA, Juan Pablo y PAREDES, Loreto, «*Abolicionismo y Justificación del Derecho Penal*». Memoria de Prueba: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007.
- 20) HIGHTON, Elena I, ALVAREZ, Gladys S., GREGORIO, Carlos G., «*Resolución alternativa de conflictos y sistema penal: la mediación penal y los programas víctima-victimario*», Buenos Aires, Argentina: AD-HOC, 1998
- 21) HIGHTON, Elena I, ALVAREZ, Gladys S., «*Mediación para resolver conflictos*», Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995
- 22) HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián: «*Derecho Procesal Penal Chileno*». Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I

- 23) HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, «*Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Hacia una Alternativa*». Barcelona: Ariel Derecho, 1984
- 24) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «*Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*», Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina
- 25) LARRAURI, Elena: *La Herencia de la Criminología Crítica*. Siglo XXI Editores, Madrid, 1991
- 26) MARSHALL, Tony, «*Restorative Justice: An Overview*». Gran Bretaña: Home Office, 1999
- 27) MERINO ORTIZ, Cristina, y ROMERA ANTÓN, Carlos, «*Conferencias de Grupos Familiares y Sentencias Circulares: Dos formas ancestrales de resolución de conflictos dentro del paradigma restaurativo*». En “EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología”, Nº 12. San Sebastian: 1998
- 28) MINISTERIO PÚBLICO, Boletín Estadístico Anual, año 2007
- 29) NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social (ECOSOC), Resolución 2002/12, adoptada durante la 37ª Sesión Plenaria, el 24 de julio de 2002.

Disponible en “Consejo Económico y Social: Documentos Oficiales, 2002, Suplemento N° 1 (E/2002/99 (SUPP))

30) NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social (ECOSOC): Resolución 1999/26, adoptada durante la 43ª Sesión Plenaria, de 28 de julio de 1999. Disponible en “Consejo Económico y Social: Documentos Oficiales, 1999, Suplemento N° 1 (E/1999/99 (SUPP))

31) NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social, Resolución 2000/14, adoptada durante la 43ª Sesión Plenaria, el 27 de julio de 2000. Disponible en “Consejo Económico y Social: Documentos Oficiales, 2000, Suplemento N° 1 (E/2000/99 (SUPP))

32) NACIONES UNIDAS: *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*. Resolución 40/34 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985

33) NACIONES UNIDAS: *Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia: Frente a los Retos del Siglo XXI (A/CONF.187/4/Rev.3)*, de 15 de abril de 2000

34) NACIONES UNIDAS: *Delincuentes y víctimas: Responsabilidad y Equidad en el Proceso de Justicia Penal*. Documento de Trabajo preparado por la

Secretaría para el 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (A/CONF.187/8). Distribución General 15 de diciembre de 1999

35)NACIONES UNIDAS: *Documento de Antecedentes. Seminario 2: Potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la Justicia Restaurativa* (A/CONF.203/10). 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Bangkok, 18 a 25 de abril de 2005

36)NACIONES UNIDAS: *Documento de Antecedentes. Seminario 2: Potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la Justicia Restaurativa* (A/CONF.203/10). 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Bangkok, 18 a 25 de abril de 2005

37)NEUMAN, Elías, «Mediación y Conciliación Penal», Buenos Aires: Depalma, 1997

38)OBARRIO, María Carolina, QUINTANA, María «*Mediación penal: una resolución alternativa*», Buenos Aires : Editorial Quorum, 2004

39)ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «*Informe de la Reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa*», Viena, 16 a 25 de abril de 2002.

- 40) PEOPLE, Julie y TRIMBOLI, Lily: «*An Evaluation of the NSW Community Conferencing for Young Adults Pilot Program*». Sydney: NSW Bureau of Crime Statistic and Research: 2007.
- 41) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela, MONTEZANTI, Guillermo N., [et al.]. «*Resolución alternativa de conflictos penales: mediación de conflicto, pena y consenso*» Buenos Aires: Editores del Puerto, c2000
- 42) SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés, «*¿Qué es y para qué sirve la justicia restaurativa?*», en *Derecho penal contemporáneo*, revista internacional, Bogotá, Colombia, N° 12, julio-septiembre 2005, pp. 53-83
- 43) SERVICIO NACIONAL DE MENORES, Resolución Exenta N° 0081/B, «*Orientaciones Técnicas Programa de Reparación del Daño*», de 2 de marzo de 2007
- 44) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «*La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*», 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, España. 2001
- 45) TAVOLARI, Raúl, «*Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos*». Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005
- 46) VARONA MARTÍNEZ, Gema, «*La mediación reparadora como estrategia de control social: una perspectiva criminológica*», Granada: Comares, 1998

- 47) VV.AA., «*De los Delitos y de las Víctimas*», Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, 1992
- 48) YACOBUCCI, Guillermo, «*La deslegitimación de la potestad penal*», Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 1998

TEXTOS ELECTRÓNICOS

- 1) AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY: *Restorative Justice: An Australian Perspective*. En línea: <http://www.aic.gov.au/rjustice/australia.html> (Visitado el 15 de febrero de 2008).
- 2) BACH, Katherina: *Análisis de Aplicaciones de Justicia Restaurativa en el Mundo*, Pág. 10. En Línea: <http://www.restorative-justice-colombia.org/pages/article.php?l=es&id=6> (Visitado el 26 de febrero de 2008)
- 3) BOWEN, Helen y BOYACK, Jim: *Adult Restorative Justice in New Zealand/Aotearoa*. En línea: http://www.iirp.org/library/nl03/nl03_bowenboyack.html (Visitado el 14 de febrero de 2008).

- 4) EGLASH, Albert: *Creative Restitution: Some Suggestions for Prison Rehabilitation Programs*. American Journal of Correction, N° 20, 1958, Págs. 20-34. Citado por Mirsky, Laura: *Albert Eglash and Creative Restitution: A precursor to restorative practices*. Disponible en <http://www.realjustice.org/library/eglash.html> (Visitado el 10 de marzo de 2008)
- 5) GABBAY, Zvi: *Justifying Restorative Justice: A Theoretical Justification for the Use of Restorative Justice Practices*. Disponible en <http://www.realjustice.org/library/justifyingrj.html> (Visitado el 8 de marzo de 2008)
- 6) LLOBET, Javier: *Justicia Restaurativa y la Protección de la Víctima*. En <http://www.pensamientopenal.com.ar> (2 de marzo de 2008).
- 7) MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro: *Mecanismos de Justicia Restaurativa Admitidos en el Nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano*. En línea: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/marquez/> (Visitado el 3 de marzo de 2008).
- 8) NEW ZEALAND, MINISTRY OF JUSTICE: *New Zealand Court-Referred Restorative Justice Pilot: Two year follow-up of reoffending*. En línea: <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/2005/nz-court-referred-restorative->

[justice-pilot-2-year-follow-up/index.html](http://www.justice.govt.nz/restorative-justice-pilot-2-year-follow-up/index.html) (Visitado el 15 de febrero de 2008)

9) NEW ZELAND, MINISTRY OF JUSTICE: *Restorative Justice in New Zealand: Best Practice*. En línea: <http://www.justice.govt.nz/restorative-justice/parta.html> (Visitado el 8 de febrero de 2008)

10) RENDON: *Josefina, Mediación entre víctima y ofensor*. En línea: http://www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm (Visitado el 26 de febrero de 2008).

11) SCHMID, Donald: *Restorative Justice in New Zealand: A model for U.S. Criminal Justice*. Wellington, 2001. Disponible en <http://www.fulbright.org.nz/voices/axford/schmidd.html> (Visitado el 10 de marzo de 2008)

12) STRANG, Heather: *Restorative Justice Programs in Australia. A Report to the Criminology Research Council*. En línea: <http://www.criminologyresearchcouncil.gov.au/reports/strang/index.html> (Visitado el 23 de febrero de 2008).