

UNIVERSIDAD FIDÉLITAS

CARRERA DE DERECHO

Tesis

Para optar por el grado de

Licenciatura en Derecho

JUSTICIA RESTAURATIVA

**Una herramienta para la solución al fenómeno de la
criminalidad costarricense**

CARLOS BRENES QUESADA

San José, Costa Rica

Julio 2009

TABLA DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN JURADA	I
CARTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR	II
DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTOS	IV
RESUMEN.....	V
CAPÍTULO I	1
EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y SU IMPORTANCIA.....	1
1.1.2 Problematización:.....	3
1.1.3 Justificación:	6
1.2 Formulación del Problema	7
1.3 Objetivos de la Investigación.....	8
1.3.1. Objetivo General	8
1.3.2. Objetivos Específicos	8
1.4 Alcances y Limitaciones	8
1.4.1 Alcances	9
1.4.2. Limitaciones	9
CAPÍTULO II	11
PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO.....	11
2.1 Tipo de investigación:.....	11
2.1.1. Finalidad	11
2.1.2. Dimensión temporal	11
2.1.3. Marco.....	12
2.1.4 Naturaleza	12
2.1.5 Carácter.....	12

2.2 SUJETOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN:	12
2.2.1. Primera mano	13
2.2.2. Segunda mano.....	13
2.2.3. Tercera mano.....	13
2.3 SELECCIÓN DEL MUESTREO	13
2.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECTAR LA INFORMACIÓN	14
2.4.1. Análisis de contenido:	14
CAPÍTULO III	15
ANTECEDENTES Y MARCO TEÓRICO	15
3.1. CONCEPTO DE JUSTICIA	15
3.2 JUSTICIA Y DERECHO	18
3.3 JUSTICIA RETRIBUTIVA O RESTITUTIVA	21
3.3.1 Antecedentes de la Justicia Retributiva.....	21
3.3.2 Definición de Justicia Retributiva.....	25
3.4 JUSTICIA RESTAURATIVA	26
3.4.1 Antecedentes Históricos de la Justicia Restaurativa	26
3.4.2 Corrientes que ha contribuido al desarrollo de la Justicia Restaurativa.....	28
3.4.2.1 Justicia Formal	29
3.4.2.2 Restitución	30
3.4.2.3 El movimiento de las víctimas.....	31
3.4.2.4 Círculo de mediación – conferencia	33
3.4.2.5 Justicia Social	34
3.4.3. Antecedentes Contemporáneos de la Justicia Restaurativa.....	37
3.5 CONTEXTO TEÓRICO – CONCEPTUAL	38
3.5.1. La Justicia Restaurativa.....	38
3.5.2.1 Ventana de la disciplina social.....	41
3.5.2.2 Función de las partes interesadas	43

3.5.2.3 Tipología de las prácticas restaurativas	46
3.6 PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	48
3.6.1 Principios filosóficos de la Justicia Restaurativa	48
3.6.1.1 Principio Primero: La justicia requiere que trabajemos por restaurar a quienes hemos dañado: víctimas, comunidades y delincuentes inclusive.....	49
3.6.1.2 Principio Segundo: <i>Las víctimas, los delincuentes y la comunidad deben de tener la oportunidad de participar activamente en el proceso de justicia, para buscar una solución que satisfaga las necesidades de todos.</i>	52
3.6.1.3 Principio Tercero: <i>Mientras el gobierno es responsable de procurar un orden de justicia público, el papel de la comunidad es establecer y mantener una paz justa.</i>	53
3.6.2 Principios de las Naciones Unidas para la aplicación de la justicia restaurativa en materia penal.....	55
3.6.2.1 Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal.....	55
3.6.2.1.1 Definiciones.....	55
3.6.2.1.2 Utilización de programas de justicia restaurativa.....	56
3.6.2.1.3 Funcionarios de los programas de justicia restaurativa	57
3.6.2.1.4 Desarrollo continuo de los programas de justicia restaurativa	59
3.6.2.1.5 Cláusula de salvaguardia.....	60
3.7 FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	61
3.7.1 Compensación o reparación.....	61
3.7.2 Reintegración	63
3.7.2.1 Ejemplos de comunidades de apoyo	64
3.7.3 Encuentro	66
3.7.4 Participación e inclusión	68
3.8 CONTEXTO TEÓRICO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	72
3.9. HIPÓTESIS.....	77
CAPÍTULO IV	78
DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN RECOLECTADA	78
4.1 COMPARACIÓN ENTRE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	78
4.2 PROGRAMAS RESTAURATIVOS	89
4.2.1 Definiciones:.....	89

4.3 MEDIACIÓN PENAL	90
4.3.1 Definición.....	90
4.3.2 Mediación entre víctima y delincuente	92
4.3.3 Principios de la mediación penal.....	94
4.3.3.1 Principio de Voluntariedad.....	95
4.3.3.2 Principio de Confidencialidad.....	97
4.3.3.3 Principio de Imparcialidad.....	97
4.4 CÍRCULOS RESTAURATIVOS	98
4.4.1 Definición.....	98
4.4.2 Descripción.....	99
4.4.3 Elementos	100
4.4.4 Rueda de la Medicina	101
4.4.5 Efectividad	103
4.5 RESTITUCIÓN Y SERVICIO COMUNITARIO (APOYO A LA VÍCTIMA)	103
4.5.1 Elementos característicos trabajo comunitario	104
4.5.1.1 Labor de interés general.....	105
4.5.1.2 Actividad no retributiva	105
4.5.1.3 Voluntariedad	106
4.5.1.4 Respeto a la dignidad del penado.....	107
4.5.2 Necesidades de la Víctima	107
4.5.2.1 Intenciones.....	108
4.5.2.2 Implementación y Efectividad	108
4.6 REUNIONES RESTAURATIVAS	108
4.6.1 Descripción.....	109
4.6.2 Elementos	110
4.6.2.1 Preparación.....	110
4.6.2.2 Encuentro.....	110
4.6.2.3 Monitoreo	110
4.6.3 Efectividad	111
4.7 JUSTICIA RESTAURATIVA INTRA MUROS	111
4.7.1 Comunidades de Restauración APAC.....	112
4.7.1.1 Antecedentes de la Metodología APAC	113
4.7.1.2 Definición de la Metodología APAC.....	114

4.7.1.3 Principios Fundamentales de la Metodología APAC	115
4.7.1.3.1 Valorización Humana	115
4.7.1.3.2 Evangelización	117
4.7.1.3.3 Transformación Espiritual	117
4.7.1.3.4 Reintegración y restauración	118
4.7.1.4 Elementos de la Metodología APAC	120
4.7.1.4.1 Participación de la comunidad	121
4.7.1.4.2 Recuperando ayudando al recuperando	122
4.7.1.4.3 El Trabajo	123
4.7.1.4.4 La Espiritualidad y la importancia de hacer la experiencia de Dios	124
4.7.1.4.5 Asistencia Jurídica	124
4.7.1.4.6 Asistencia a la Salud	125
Valorización Humana base del Método APAC	125
4.7.1.4.8 La Familia	126
4.7.1.4.9 El Voluntariado	127
4.7.1.4.10 Centro de Reintegración Social	127
4.7.1.4.11 El Mérito	128
4.7.1.4.12 Jornada de Liberación con Cristo	128
4.7.1.4 Metodología APAC – Costa Rica	129
4.7.2 Programa Árbol Sicómoro	129
4.7.2.1 Definición	130
4.7.2.2 Cómo se realiza?	130
4.7.2.3 Los Participantes	130
4.7.2.4 Qué ocurre después del proyecto?	131
4.7.2.5 Beneficios para los reclusos	131
4.7.2.6 Beneficios para las víctimas	132
4.8 EL SISTEMA PENAL COSTARRICENSE Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	133
4.8.1 La Conciliación	133
4.8.2 Suspensión del Proceso a Prueba.....	135
4.8.3 Reparación Integral del daño	137
4.9 LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL DERECHO COMPARADO	138
4.9.1 Nueva Zelanda	138
4.9.1.1 Legislación	139
4.9.1.2 Resultados más notables	140
4.9.2 Canadá	140
4.9.2.1 Legislación	142
4.9.2.2 Resultados más notables	142
4.9.3. CENTRO Y SUDAMÉRICA	143
4.9.3.1 Legislación	143
4.9.3.1 Bolivia	144
4.9.3.2 Brasil.....	144
4.9.3.3 Costa Rica	145

4.9.3.4 El Salvador.....	148
4.9.3.5 Honduras	150
4.9.3.6 Nicaragua.....	151
4.9.3.7 Perú	153
4.9.4 España	154
4.9.4.1 Legislación	154
4.9.5 Alemania	156
4.9.5.1 Legislación	156
4.10 OBJECIONES A LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	158
4.10.1 Objeciones a la Teoría de la Justicia Restaurativa	158
4.10.1.1 La justicia restaurativa significaría el fin del derecho penal como actividad punitiva radicada exclusivamente en cabeza del Estado	158
4.10.1.2 No es posible calcular todos los daños y las consecuencias que acarreará este en la cotidianidad del individuo afectado	159
4.10.1.3 Se desconocen algunas garantías del debido proceso de origen democrático	159
4.10.1.3Serán necesarias medidas coercitivas, que indefectiblemente pugnan con los modelos restaurativos de justicia.....	160
4.10.2 Objeciones a la Práctica de la Justicia Restaurativa	161
4.10.2.1. Las víctimas y los ofensores podrían no identificarse.....	161
4.10.2.2. Las culturas individualistas y pluralistas, impedirán que la justicia restaurativa trabaje	162
4.10.2.3 Se podría caer en el error de confundir la justicia restaurativa con la justicia comunitaria	162
4.10.2.4 La práctica de la justicia restaurativa puede conllevar, paradójicamente, a procesos más lentos.....	163
4.10.2.5 La justicia restaurativa no puede operar para el homicidio o para ofensores peligrosos	163
4.10.2.6. Funcionamiento de la justicia restaurativa en los delitos culposos.....	164
CAPÍTULO V	165
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	165
5.1 Conclusiones	165
5.2 Recomendaciones	167
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	168

DECLARACIÓN JURADA

Yo, Carlos Brenes Quesada, soltero, egresado de la carrera de Derecho, vecino de Cartago, con cédula de identidad N° 3 339 199.

En este acto, debidamente apercibido y entendido de las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi trabajo de tesis para optar por título de Licenciatura en Derecho, juro solemnemente que mi trabajo de investigación titulado: "JUSTICIA RESTAURATIVA – UNA HERRAMIENTA PARA LA SOLUCIÓN AL FENÓMENO DE LA CRIMINALIDAD COSTARRICENSE", es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las leyes penales, así como la Ley de derecho de autor y derechos conexos N° 6683 del 14 octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta N° 226 del 25 de noviembre; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte: Artículo 70: "Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original". Así mismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante Notario Público. En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de Cartago, a los nueve días del mes de julio del año dos mil nueve.

Carlos Brenes Quesada
Cédula N° 3 339 199

CARTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR

Cartago, 09 de julio del 2009.

**Licenciado:
Randall Calvo
Director de la Carrera de Derecho
Universidad Fidélitas**

Estimado Licenciado

He cumplido con las labores de asesoría y dirección de la Tesis “JUSTICIA RESTAURATIVA – UNA HERRAMIENTA PARA LA SOLUCIÓN AL FENÓMENO DE LA CRIMINALIDAD COSTARRICENSE” del estudiante Carlos Brenes Quesada. Considero que responde a las exigencias académicas establecidas por la Universidad para esta clase de trabajos escritos y por lo tanto, me permito expresarle que tiene méritos suficientes para ser expuesta ante los Tribunales de Grado que se asigne para el caso.

Muy atentamente,

Lic. William Serrano Baby

DEDICATORIA

A Dios, quien me ha permitido llegar a la culminación de mi carrera.

A la memoria de mi padre, quien me enseñó a valorar las cosas y trabajar con entusiasmo para conseguirlas.

A los privados de libertad, fuente de inspiración para realizar este proyecto.

AGRADECIMIENTOS

A mi madre **Lorena Quesada Serrano**, por el regalo de la vida, su apoyo en todos mis proyectos y su fe en mi persona.

A mis hermanos y hermanas **Kattia, Gunnar, Mauricio, Pablo, Josué y Guadalupe**, por estar siempre a mi lado, en los buenos momentos y en los más difíciles de mi vida.

A la **Dra. Jeannette Incera Aguilar**, por la confianza que me dió y hacerme parte de la Confraternidad Carcelaria de Costa Rica, permitiéndome desarrollarme como profesional.

A la **Confraternidad Carcelaria Internacional en la persona de Lynette Parker** por el apoyo, en el material bibliográfico.

A mi tutor **William Serrano Baby**, por su apoyo profesional en la elaboración de esta investigación.

A mi amigo **Esteban Quirós** y mi amiga **Belma Castro** por todo su apoyo y motivación en la realización de esta investigación.

RESUMEN

BRENES QUESADA Carlos. **“JUSTICIA RESTAURATIVA – UNA HERRAMIENTA PARA LA SOLUCIÓN AL FENÓMENO DE LA CRIMINALIDAD COSTARRICENSE”** Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad Fidélitas, San José – Costa Rica, 2009.

En el Capítulo I, se analiza en primer término los antecedentes y la descripción del problema por tratar, enfocándose en el aumento de la criminalidad y las posibles respuestas que la sociedad y el gobierno proponen para combatirlo, además se evidencia la clara necesidad de buscar la solución a los conflictos mediante otros mecanismos diferentes a los tradicionales. Igualmente se plantean una serie de interrogantes que permiten al investigador determinar cual es el problema en sí, para buscarle solución en el desarrollo de la investigación.

En el Capítulo II, se expone el procedimiento metodológico utilizado en la investigación, procedimiento que determina, el tipo de investigación, los sujetos y las fuentes de información, como así mismo se realiza el muestreo y las técnicas e instrumentos que se utilizaron en la investigación.

En el Capítulo III, se desarrolla los antecedentes históricos y contemporáneos del tema en estudio, dejando claro que no es una filosofía que está en boga, ya nuestros ancestros aplicaron muchos procesos restaurativos en la resolución de sus conflictos. El concepto y los principios de la Justicia Restaurativa, se desarrollan en este apartado, así como las opiniones de expertos en la materia penal de nuestro país, que contribuyen al desarrollo del contexto teórico del tema.

En el Capítulo IV, se analiza los procesos restaurativos que se realizan tanto en el proceso penal antes del juicio, como también se exponen las experiencias restaurativas intramuros. Se discute además un poco sobre la Justicia Restaurativa

en el proceso penal de adultos costarricense y sobre las figuras o institutos que se incluyeron en el Código Procesal Penal de 1998. Igualmente se analiza parte de las experiencias de la teoría base de esta investigación en otros países, como por ejemplo: Canadá, Nueva Zelanda, Colombia, Argentina y Centro América.

En el Capítulo V, se exponen las conclusiones sobre la investigación y las recomendaciones más importantes, para la puesta en práctica de la justicia restaurativa en Costa Rica.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y SU IMPORTANCIA

1.1 Planteamiento del Problema:

En el capítulo I, se plantea el problema por investigar, analizando sus antecedentes y descripción, se enuncian la problematización, la justificación y la formulación del problema en sí. Posteriormente se plantean los objetivos; tanto general como específicos de la investigación. Y se señala al final del mismo los alcances y las limitaciones del estudio.

1.1.1 Antecedente y Descripción:

La crisis de la criminalidad y la delincuencia que existe actualmente en Costa Rica, es un reflejo de un fenómeno que está ocurriendo en toda América Latina, situación que en la mayoría de los casos tiene como tesis de los políticos aumentar el tiempo de condena, crear tipos penales nuevos y aplicar condenas máximas, con el fin de dar respuesta a la exigencia de los grupos de presión como por ejemplo los medios de comunicación y en especial a la sociedad; estas medidas tienen como consecuencia la saturación de procesos en los Tribunales Penales, agravando directamente la situación de hacinamiento y violencia en los centros penitenciarios; mismos que no cuentan con recursos económicos y humanos para intervenir al delincuente e insertarlo en la sociedad una vez que termina su sentencia.

Paralelo a esta situación en el mundo se ha empezado a hablar de una nueva filosofía de administración de justicia e incluso por parte de las Naciones Unidas en su 11º Congreso sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal celebrado en Bangkok en abril del 2005, en la que expresamente dice *“...para promover los intereses de las víctimas y la rehabilitación de los delincuentes, reconocemos la importancia de seguir elaborando políticas, procedimientos y programas en materia de **JUSTICIA RESTAURATIVA** que incluyan alternativas del*

juzgamiento, a fin de evitar los posibles efectos adversos del encarcelamiento, de ayudar a reducir el número de causas que se presentan ante los tribunales penales y de promover la incorporación de enfoques restaurativos en las prácticas de justicia penal, según corresponda...”

Dentro de ese contexto; es que se realiza este trabajo de investigación, buscando exponer la necesidad de iniciar un movimiento renovador en la aplicación de justicia penal a nivel nacional, como lo indicó el Dr. Luis Paulino Mora Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el Primer Congreso de Justicia Restaurativa¹ realizado en San José – Costa Rica en junio del 2006 “...Nuestro país debe incorporar la JUSTICIA RESTAURATIVA como parte de su política criminal, desde hace tiempo está demostrado que la detención, el juzgamiento e incluso la condena del imputado no traen necesariamente la paz social. Con frecuencia la amargura de la víctima persiste, mientras que del condenado brota un resentimiento que crece a medida que avanza su reclusión. Está claro entonces que en el sistema actual la solución jurídica de un conflicto no necesariamente va de la mano con la solución humana del mismo y que la justicia retributiva siempre va a tener un efecto revictimizador de sobra conocido. Es por eso que la justicia restaurativa merece una seria consideración para ciertas áreas de nuestra política criminal como por ejemplo los delitos menores y delincuencia juvenil...”

Partiendo de lo anterior, esta tesis pretende indagar en el origen y la evolución de esta nueva filosofía de administración de justicia, como también dejar muy claro su concepto y principios fundamentales, mediante el análisis del material bibliográfico consultado, tanto a nivel nacional como internacional.

¹ CONAMAJ. Conferencia del Dr. Luis Paulino Mora, Primer Congreso de Justicia Restaurativa, San José – Costa Rica, junio 2006.

Parte importante de este trabajo es el análisis de la legislación internacional y nacional que permiten el desarrollo de mecanismos restaurativos en la solución de los conflictos en materia penal, incorporando al análisis las figuras jurídicas que a nivel nacional existen: la reparación integral del daño causado, la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, el trabajo comunitario, con el fin de determinar si son figuras que tienen su fundamento en la Justicia Restaurativa.

En buena medida en esta investigación se motiva acerca de la necesidad de la especialización en la Justicia Restaurativa, ya que por medio del estudio se deja ver como la preparación de los operadores de la administración de justicia penal y del sistema penitenciario es fundamental para la real y efectiva protección de los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad y sus víctimas. Así mismo si contamos con operadores de justicia penal especializados en la materia, es más fácil incidir en la Asamblea Legislativa para la aprobación de proyectos de ley restaurativos en materia penal, que permitan a los Tribunales de Justicia, realizar sentencias más restaurativas, que traigan como consecuencia la sanación de las víctimas, la inserción del delincuente y paralelo a esto la prevención del delito y la disminución de la criminalidad, recuperando como último fin el país de paz que se ha caracterizado ser Costa Rica a nivel mundial.

1.1.2 Problematización:

Como se citó anteriormente, las Naciones Unidas en su 11º Congreso sobre la Prevención del Delito y Justicia penal, habla de promover la Justicia Restaurativa, como una filosofía por aplicar en el ámbito de la justicia penal, que contribuye a reducir la mora judicial en los tribunales penales, bajo el Principio Constitucional, de Justicia Pronta y Cumplida, pero dejando de lado la rapidez en la tramitación de expedientes. La Justicia Restaurativa tiene otros resultados, como por ejemplo se puede citar Canadá y Nueva Zelanda, que se han atrevido a aplicar mecanismos restaurativos en los cuales las víctimas y la comunidad tienen

un papel preponderante, el infractor reconoce el daño causado y como resultado entre todos acuerdan la sanción y las relaciones son restauradas. Lo anterior tiene como resultado una disminución en la delincuencia² e indirectamente los tribunales penales se dedican a casos complejos en los que esta filosofía no es posible aplicar. Considerando lo anterior se puede decir que: ¿Es esta nueva filosofía de Administración de Justicia la respuesta al fenómeno de la criminalidad en Costa Rica?

El concepto de la Justicia Restaurativa y sus principios tienen gran diferencia con los de la Justicia Retributiva predominante en Costa Rica, por ello, resultará fundamental buscar una respuesta a la siguiente interrogante ¿Cuáles son los principios y conceptualización de la Justicia Restaurativa y su diferencia con el sistema penal predominante en Costa Rica?

La Ley de la Justicia Penal Juvenil y aún el Código Procesal Penal de Costa Rica, establecen varios mecanismos alternativos a la pena de prisión, los cuales muchos de los expertos en materia penal, califican como procesos de justicia restaurativa, de esas afirmaciones nace la interrogante: ¿Estarán, los diferentes institutos alternativos a la pena de prisión incluidos en el ordenamiento jurídico costarricense, basados en los principios de la Justicia Restaurativa?

Los diferentes medios de comunicación día con día, nos informan de una gran cantidad de hechos delictivos a nivel nacional e, igualmente, las oficinas de prensa del Poder Judicial informan sobre la cantidad de expedientes que todos los días esperan ser resueltos en un corto tiempo, a lo que tanto el Fiscal General de la República y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia consideran difícil, por diferentes razones, ahora bien con base en lo anterior se origina la siguiente pregunta ¿El sistema de justicia penal responde a las necesidades de la sociedad costarricense actual?

² www.justiciarestaurativa.org

Las personas sentenciadas, una vez cumplida su sentencia, se supone que están preparadas para integrarse como ciudadanos capaces de respetar las normas jurídicas y sociales que la sociedad impone para facilitar la convivencia, cumpliendo así el fin de la pena, no obstante, muchos de ellos regresan a prisión con nuevas causas, aunque por parte de la Dirección General de Adaptación Social, no se manejen estadísticas de reincidencia, entonces aquí cabe la pregunta: ¿Se logra cumplir el fin de la pena, estipulado en el artículo 51 del Código Penal, con el sistema de Justicia Retributiva en Costa Rica?

Costa Rica se considera un país de paz; capaz de resolver sus conflictos por medio del diálogo, aún así nuestra sociedad en los últimos años ha venido presionando a través de los diferentes medios de comunicación y manifestaciones en la Asamblea Legislativa, la necesidad de contar con un sistema penal más represivo, considerando que con penas altas de prisión los índices de criminalidad bajarán, por lo que surge esta interrogante ¿Es posible la aplicación de mecanismos restaurativos en Costa Rica, cuando para esto se necesita voluntad política?.

Desde el punto de vista del Derecho Comparado, varios países³ han iniciado la implementación de mecanismos restaurativos en la solución de conflictos penales, países incluso donde el ordenamiento jurídico penal mantiene la pena de muerte como sanción, siendo así lo importante es preguntarse: ¿Cuáles son los resultados que la Justicia Restaurativa ha generado en los países en los que se ha adoptado?

³ Colombia – Chile – Argentina – México (Sinaloa) – Canadá – Nueva Zelanda.

1.1.3 Justificación:

El tema de estudio es la Justicia Restaurativa y los resultados que pueda traer a la lucha por disminuir la criminalidad, la delincuencia y la violencia en nuestra sociedad, es básicamente lo que motiva su realización. Además de trabajar muy de cerca en la aplicación de la justicia penal retributiva (ejecución de sentencia) y conocer, de primera mano, que la finalidad constitucional de la pena no se logra a pesar de los esfuerzos que hacen, tanto el sistema judicial como el sistema penitenciario.

La investigación por realizar, pretende indagar el origen y la evolución de esta nueva filosofía de administración de justicia, como también dejar claro su significado y sus principios fundamentales, para luego hacer el análisis de los alcances de este modelo restaurador frente al modelo de justicia penal retributiva que impera en Costa Rica, caracterizado por ser un sistema de justicia penal que solamente imparte castigo a los delincuentes y excluye a las víctimas, sin enfrentar o resolver las necesidades emocionales y relacionales de las personas afectadas por el delito. Un sistema restaurativo de justicia penal apunta no sólo a reducir la cantidad de delitos o la reincidencia de los delincuentes, sino también a disminuir el impacto de los mismos en el ofensor, las víctimas, las familias y la sociedad.

Otro interés fundamental al desarrollar este tema, como lo apunta la Dra. Doris M^a Arias Madrigal⁴, Jueza del Tribunal Penal de II Circuito Judicial de San José es *“...mostrar que utilizando la Justicia Restaurativa se puede contribuir a obtener mejores resultados y mayor eficiencia en el tratamiento del delito y a pasar de los planos, teórico legal, al plano real. A la vez, que garantizando algunos*

⁴ CONAMAJ. Conferencia de la Dra. Doris Arias Madrigal, Primer Congreso de Justicia Restaurativa, San José – Costa Rica, junio 2006.

aspectos esenciales, se permite alcanzar la justicia y el cumplimiento de los fines del Derecho Penal, es decir, la prevención general y especial de delitos...” En un sistema como el actual no es posible aplicar lo anteriormente citado, porque hemos convertido nuestros Juzgados y Tribunales Penales, en lo que podemos llamar “máquinas de sentencias”, donde lo importante es condenar al imputado a cumplir una pena privativa de libertad, pero no le ha interesado al sistema penal la restauración del daño causado a la víctima directamente, enfocándose principalmente en la violación al bien jurídico tutelado, y mucho menos que el infractor se responsabilice de su actuar delictivo, con el cual no solo perjudicó a una persona, a él mismo, a su familia y a la sociedad, poco interesa lo anterior al considerarse que con enviar a una persona a prisión el mal causado está reparado.

Importante resulta también que el tema en cuestión a nivel nacional es innovador por la poca o casi nula investigación, pero por esto se considera que es por falta de interés o que resulte del todo un tema que a nivel del Poder Judicial y del Sistema Penitenciario se le dé poca importancia, al contrario el interés de las instituciones antes mencionadas motivan a profundizar en el tema con el fin producir fuentes de consulta, que permita a los operadores de justicia y funcionarios del sistema penitenciario, conocer lo que efectivamente se considera Justicia Restaurativa y los resultados obtenidos en los diferentes países que han dado un paso en la utilización de procesos restaurativos.

1.2 Formulación del Problema

¿Responde la Justicia Restaurativa al fenómeno de la criminalidad costarricense?

1.3 Objetivos de la Investigación

1.3.1. Objetivo General

Analizar los alcances de la Justicia Restaurativa vs. La Justicia Retributiva, desde un enfoque conceptual, principios rectores, marco jurídico, programas restaurativos y la aplicación de los mismos en algunos países del mundo.

1.3.2. Objetivos Específicos

1. Indagar sobre el origen, evolución y noción conceptual de la Justicia Restaurativa.
2. Estudiar los principios básicos en que se fundamenta la Justicia Restaurativa.
3. Comparar la Justicia Retributiva vs. la Justicia Restaurativa.
4. Indagar en la legislación internacional y nacional los institutos jurídicos que permiten la aplicación de mecanismos restaurativos aplicables a los trasgresores de la ley penal.
5. Estudiar los diferentes procesos restaurativos alternativos a la pena privativa de libertad.
6. Valorar los resultados alcanzados a través de la Justicia Restaurativa en los diferentes países a nivel mundial.

1.4 Alcances y Limitaciones

Es en este apartado que se analiza lo que se puede alcanzar al realizar este estudio, por parte de los actores principales en el Estado costarricense, como a través de la sociedad civil, buscando siempre mejorar el sistema de justicia penal, a favor de todos los implicados en la criminalidad. Igualmente se exponen las limitaciones que se presentaron durante la investigación.

1.4.1 Alcances

1. Motivar en el Poder Legislativo el estudio de esta nueva filosofía de administración de justicia al presentarles los resultados obtenidos en países de Latinoamérica, con una cultura y derecho penal similar al costarricense.
2. Concientizar a los operadores de justicia en la rama del derecho penal, la importancia de realizar sentencias más restaurativas.
3. Propiciar el debate del tema en la corriente legislativa para la inclusión de los institutos restaurativos en nuestro ordenamiento jurídico.
4. Propiciar la inclusión de la víctima a la hora de determinar la sentencia de su agresor.
5. Mejorar la administración de justicia en materia penal, satisfaciendo los intereses de todas las partes involucradas.
6. Propiciar la sanación emocional y espiritual de las personas involucradas en la comisión de un delito.
7. Agilizar la tramitación de causas penales en los despachos judiciales.
8. Fomentar la cultura de paz que siempre ha caracterizado a Costa Rica.
9. Cambiar la perspectiva de la sociedad en cuanto al tratamiento del delincuente.
10. Transformar el derecho penal costarricense en un derecho más humano.

1.4.2. Limitaciones

1. Falta de fuentes de información.
2. Tema no estudiado en Costa Rica.
3. Sociedad poco interesada en el tema.
4. No hay estudios similares.
5. Falta de apoyo.
6. Voluntad política

El tema por ser innovador a nivel nacional o poco estudiado, limita al investigador en relación a las fuentes de información, las cuales se han encontrado a través de lo investigado en otros países, como por ejemplo: Colombia, Nueva Zelanda, Canadá, Argentina, y el material facilitado por el Centro de Justicia y Reconciliación de la Confraternidad Carcelaria Internacional. El tema tiene poca recepción en la sociedad costarricense, debido al sentimiento de inseguridad que predomina en las personas y que según encuestas publicadas en los diarios nacionales, consideran que la represión es la solución al fenómeno de la criminalidad. El tema es nuevo lo que conlleva a que a nivel nacional no existan estudios similares, lo cual puede considerarse una ventaja, pero de alguna manera limita al investigador al consultar fuentes de primera mano. La falta de apoyo que se menciona, es debido a la poca o casi nula probabilidad de encontrar expertos en el tema a nivel nacional, partiendo que quienes conocen del tema, consideran Justicia Restaurativa a las diferentes figuras alternativas a la pena de prisión.

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO

2.1 Tipo de investigación:

Se analizará aquí la finalidad de la investigación, indicando en que se basa, además la dimensión de tiempo y espacio. Igualmente se establecerá como se enmarca el estudio desde la perspectiva jurídica, la naturaleza y caracterización.

2.1.1. Finalidad

El estudio por realizar es fundamentalmente teórico, debido a que se indagará en la información recabada para analizar: el concepto, los principios, marco jurídico y los programas restaurativos a fin de dar una serie de recomendaciones que con el tiempo puedan cambiar la administración de justicia penal en Costa Rica. El objetivo de la investigación no es la aplicación de las recomendaciones durante la elaboración del trabajo, ya que sería sumamente ambicioso, debido a que en materia penal, en Costa Rica solo puede ser modificada la norma por parte del legislador.

2.1.2. Dimensión temporal

La investigación utilizará como período de análisis los últimos diez años, tomando en cuenta la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal, la Ley de Justicia Penal Juvenil y la Ley de Ejecución de Sanciones Penales Juveniles, en las que se encuentran normadas las diferentes figuras alternativas a la pena de prisión.

2.1.3. Marco

Desde este punto de vista la investigación se enmarca, a nivel mega como el análisis que se realizará del Derecho Comparado por cuanto se analizarán los resultados obtenidos en Canadá, Colombia, Argentina y Nueva Zelanda en los diferentes procesos restaurativos aplicados, a nivel macro referido al sistema jurídico costarricense, especialmente, la normativa vinculante en el tema y a nivel micro el derecho penitenciario ya que es el grupo focal, de esta investigación.

2.1.4 Naturaleza

La naturaleza de la investigación es cualitativa, por que lo que se desea conseguir es la elaboración de una fuente de consulta para futuros trabajos de investigación o que sirva de base para un proyecto de ley, orientado a la introducción de figuras de Justicia Restaurativa en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1.5 Carácter

La investigación es evaluativa, debido a que se busca a través de ésta, evaluar el impacto que ha tenido la Justicia Restaurativa en países como Nueva Zelanda, Canadá, Colombia y Argentina, exponiendo así que esta nueva filosofía de Justicia, contribuye al diseño de un nuevo modelo penal más humano y restaurador, que apoya la participación de la víctima de una forma activa, más allá de reclamos de carácter monetario y que ayuda a superar la barbarie del crimen en nuestra sociedad.

2.2 Sujetos y fuentes de información:

Se establecen dentro de este apartado, que fuentes de información se utilizarán en la investigación, así como los sujetos y su clasificación.

2.2.1. Primera mano

Los sujetos de primera mano a consultar en la presente investigación serán los altos funcionarios del Poder Judicial y el Sistema Penitenciario, con el fin de conocer su opinión sobre el uso de prácticas restaurativas y cuál sería el beneficio para Costa Rica, al adoptar esta filosofía frente al modelo represivo que impera actualmente. En cuanto a las fuentes de primera mano se utilizarán: libros, revistas, tratados internacionales, constitución política y leyes especializadas en la materia en estudio.

2.2.2. Segunda mano

Como fuentes de segunda mano, se utilizarán el material bibliográfico recabado por medio de internet, y las revistas electrónicas enviadas por el Centro de Justicia y Reconciliación de la Confraternidad Carcelaria Internacional, así como lo referido al tema por especialistas en materia penal, que han participado en los diferentes congresos de Justicia Restaurativa, realizados en Costa Rica

2.2.3. Tercera mano

La investigación no analizará información de tercera mano, debido a que por lo no novedoso del tema no se cuenta con este recurso bibliográfico.

2.3 Selección del muestreo

Se elegirá por juicio las fuentes y sujetos, se consultarán tomando en cuenta características específicas que, a criterio del investigador, considere que son apropiadas para referirse al tema; igualmente se tomará en cuenta las recomendaciones del tutor y lector de la investigación en cuanto a la selección de los sujetos.

2.4. Técnicas e instrumentos para recolectar la información

2.4.1. Análisis de contenido:

Consiste en el estudio del tema de la Justicia Restaurativa a través del tiempo, para crear un marco histórico de sus diferentes etapas. Involucra también un análisis del concepto, principios y diferentes programas de Justicia Restaurativa, así como también analizar la doctrina en el tema de la criminalidad y la finalidad de la pena. Parte también de este análisis es la normativa internacional y nacional que permite la implementación de procesos restaurativos.

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES Y MARCO TEORICO

3.1. Concepto de Justicia

El término justicia ciertamente no resulta de uso cómodo y ello se debe por una parte, a que la mayoría de los seres humanos poseen un sentimiento de lo que es justo o injusto; y por otra parte a que el término ha sido objeto de profundas y muy variadas reflexiones desde los filósofos pitagóricos hasta nuestros días, sin que se haya podido alcanzar todavía una noción clara y precisa de su significado. En el lenguaje popular es frecuente calificar un hecho como *justo o injusto*. Así, se dice que fue justa o injusta la decisión de un árbitro de fútbol que expulsó a un jugador, la de un oficial de tránsito que impuso una multa a un conductor o la de un profesor que reprobó a un alumno. Asimismo, nos parece justo o injusto el premio de un jurado literario, el precio que se paga por un libro o el alza en el precio de los combustibles. En éstos, como en la mayor parte de los casos, la calificación de justicia se refiere a actos humanos. Resulta más difícil atribuir este calificativo cuando los hechos son provocados por la naturaleza, como la enfermedad terminal en un adolescente, que tiene todas las posibilidades para esperar una vida larga y llena de éxitos. Según Vedal Georges *“La justicia se exige de los hombres, no de la naturaleza”*⁵.

En otras ocasiones se plantea dar una solución justa a una situación del futuro. En el caso de que un padre desea hacer un testamento, heredando sus bienes entre sus dos hijos. Uno de ellos siempre ha demostrado, tener gran capacidad para la administración del dinero y mucho éxito en los negocios. El otro carece de ella, pero vive al lado de su padre y es quién lo atiende en sus últimos

⁵ Mencionado por Llanos R. *Antología Maestría en Administración Penitenciaria. Módulo de Justicia Restaurativa. Universidad de la Paz. Bolivia. 2009.*

días de vida, con dedicación, sacrificio y cariño, mientras el primero ni tan siquiera le visita. Nos preguntamos entonces si es justo: beneficiar al primer hijo, premiando sus virtudes naturales, asegurándose así un prominente futuro patrimonial, o favorecer al segundo en recompensa por su abnegación, o bien repartir la herencia en partes iguales, tomando en cuenta que ambos son hijos y no debe existir ninguna diferencia entre ellos.

La idea de justicia, es decir, de los principios que han de regirnos para calificar como justo o injusto un hecho o la solución de un problema no es la misma para todos. Podría pensarse entonces que la justicia es sobre todo un sentimiento, una valoración puramente subjetiva y emocional que no se presta a un análisis racional. La consecuencia sería que es imposible todo intento de construir una idea de justicia común a todos los hombres y que sirva de base para regular las soluciones humanas. Desde los sofistas griegos hasta los modernos neopositivistas no faltan filósofos que defienden esta postura. Pero sobre otros pensadores, empezando por Sócrates, no se resignan ante esta confesión de impotencia de la razón para resolver uno de los problemas básicos de la organización social y han intentado o intentan superar el puro subjetivismo y encontrar un fundamento objetivo y válido para todos de la idea de justicia.

“Un Estado ideal no significa que establezca una nivelación de todas las personas, ofrecerá, por el contrario posibilidades ilimitadas a cada persona para desarrollar libremente sus aptitudes y sus necesidades en consonancia con sus cualidades y gustos individuales. Toda igualdad posee propiedades de relación simétrica, transitiva y reflexiva”⁶

Existen algunas definiciones o conceptos sobre Justicia, realizadas por grandes pensadores del derecho, basándose en que la justicia implica una actitud

⁶ Rosental M.M. Diccionario Filosófico. Ediciones Pueblos Unidos. Argentina. 1990, Pág.308.

positiva por parte de un órgano encargado de velar por la existencia y perpetuación de la igualdad entre los hombres.

La definición de Ulpiano⁷, que se considera la primera posición de la idea de justicia y la más celebre a través de los tiempos es: *“la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo”*, en cuanto se entiende que lo suyo de cada quien se encuentra previamente establecido por una norma. Una de las teorías más radicales de la primera posición, fue elaborada por Hobbes, quién sostuvo que

*“la justicia consiste simplemente en el mantenimiento de los pactos y, que por lo tanto, donde no hay un Estado o sea un poder coercitivo que asegure la observancia de pactos válidos no hay justicia ni injusticia.”*⁸

Esta posición se entiende en virtud de que según Hobbes la transmisión de los derechos de la naturaleza que el hombre realiza a favor del soberano, implica el compromiso de todos a tener por bueno y justo sólo lo que ordene el soberano y por injusto lo que él mismo prohíbe.

Igualmente para Kelsen, la justicia implica una conducta conforme a la norma, éste considera que:

*... la proposición que enuncia que el comportamiento del individuo es justo o injusto en el sentido de ser jurídico o antijurídico, significa que su comportamiento corresponde a la norma jurídica que el sujeto juzgador presupone válida porque tal norma pertenece a un orden jurídico positivo*⁹.

⁷ Mencionado por Rojas A. Víctor. *Filosofía del Derecho*. Editorial Harla. México. 1991. Pág. 280

⁸ *Loc cit*

⁹ *Ibidem*

La segunda tendencia de lo que significa justicia, se sitúa en la capacidad de una norma para crear relaciones sociales. En esta concepción, la relación por considerar es la de la norma con el fin que le es inherente.

En ésta segunda línea, Platón consideró la justicia como un instrumento, en su forma más sencilla, es decir, como creadora de meras condiciones de vida y del interactuar del hombre en sociedad.

Así, Aristóteles diría *definimos como justas las cosas que procuran o mantienen la felicidad, o parte de ella, a la comunidad política*. Por otra parte, Hume sostuvo *que la utilidad y el fin de la justicia...es procurar la felicidad y la seguridad conservando el orden en la sociedad*. Kant, entendió que el fin de la norma era alcanzar la libertad y sostuvo *una sociedad en la cual la libertad bajo las leyes externas se enlace en el más alto grado posible con un poder irresistible, o sea, una constitución civil perfectamente justa es la tarea suprema de la naturaleza en relación con la especie humana*. Hobbes identificó el fin de la norma como paz, al reconocer un orden justo como aquel que es capaz de eliminar el estado de naturaleza en donde existe una guerra de todos contra todos, para crear la paz.¹⁰

En síntesis podemos definir la Justicia tomando la definición de Ulpiano, es la voluntad humana de dar a cada quién lo que es suyo, resguardando siempre la igualdad entre las personas, para conservar un orden en la sociedad, manteniendo así la paz.

3.2 Justicia y Derecho

Los problemas relacionados con la justicia y el derecho, aunque planteados y resueltos desde distintas perspectivas, siempre han preocupado al hombre como individuo y como componente del conjunto social.

¹⁰ *Ibídem*, p 281

“El derecho es un reflejo de la sociedad. El derecho es conservador, pero las transformaciones de la familia, los sucesos políticos, las relaciones internacionales necesariamente acabarán proponiendo al Derecho en dificultades. En el fondo siempre se ataca al jurista y al Derecho en sí. Por una parte, el Derecho debe ser una norma que permita la estabilidad, e incluso la previsión. Nadie compraría una casa, ni se casaría, si se le notifica que las normas en que se basa para definir su derecho de propiedad o su estatuto matrimonial podrían ser cambiadas a cada momento. Por otro lado, el Derecho no puede ser, ni social, ni moralmente, un instrumento de conservadurismo total de una situación social en un momento dado”.¹¹

El derecho se debe entender como el conjunto de normas jurídicas, establecidas por la sociedad, que regulan la convivencia de los seres humanos en una comunidad, pueblo o país. Tomando en cuenta que a partir de los grandes cambios que día con día suceden en la sociedad, el legislador debe ir adaptando la norma y así lograr la finalidad de la justicia, siempre en beneficio de los administrados. El derecho se ha clasificado o dividido en dos grandes escuelas los jusnaturalistas que consideran que el derecho es emanado de la voluntad divina y los positivistas que consideran que el derecho es un conjunto de normas jurídicas escritas utilizadas como costumbres y con su aplicación en el tiempo se convirtieron en normas escritas. En el siguiente cuadro se observa las diferencias entre el derecho natural y positivo.

¹¹ Vedel Georges. *Justicia y Derecho*. Editorial Salvat. España. 1974. Pág.9

Cuadro N° 1 Diferencias entre derecho natural y derecho positivo.

Derecho natural	Derecho positivo
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Emanado de la voluntad divina. ✓ Aceptado como surgido de la naturaleza de las cosas. ✓ Es trascendente a la voluntad de los hombres. ✓ Conjunto de normas reguladoras de la conducta humana, justas eternas e inmutables 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ La única marca de la juridicidad es la postulación positiva por una sociedad. ✓ El verdadero progreso consiste en hacer que sea aprobado aquello que se entiende como integrante del Derecho natural. ✓ Hay una incoherencia lógica al querer calificar de jurídica (Derecho Natural) una cosa que no lo es.

La pauta axiológica¹² del Derecho positivo y la meta del legislador es la justicia. La justicia es un valor absoluto, como la verdad, el bien, o la belleza, es un valor que descansa, por lo tanto, en sí mismo y no derivado de otro superior.

*“El derecho es un cuerpo de normas ordenadas; es preciso que se explique en la lengua de todos los días, o casi, dejando aparte algunos términos técnicos, sin lo cual sus destinatarios no lo comprenderían. El derecho es cosa de todos, es un código de conducta en la sociedad”.*¹³

¹² Axilogía: Valor, dignidad y tratado. Parte de la filosofía consagrada a la doctrina de los valores (Rosental y Ludin, Diccionario de Filosofía)

¹³ Vedel Georges. Op. Cit. Pag.14

3.3 Justicia Retributiva o Restitutiva

La justicia retributiva es la forma de administración de justicia que ha predominado en la historia, en la cual la víctima tiene el derecho de recibir de forma pecuniaria, una indemnización por la violación al bien jurídico tutelado. Se analizarán en este punto, los antecedentes como una definición más amplia de esta teoría de justicia.

3.3.1 Antecedentes de la Justicia Retributiva

La restitución institucionalizada data de la antigüedad. Bajo el Código Babilonio de Hammurabi (1750 a.C.) las víctimas tenían derecho a recibir pago por determinados delitos contra la propiedad. La ley Mosaica requería que los delincuentes pagaran a las víctimas los bueyes que les habían robado. La ley romana de las Doce Tablas (449 a.C.) prescribía el cronograma de pagos en caso de robo de propiedad según cuándo y bajo qué circunstancias el ladrón hubiere robado y entregado los bienes. En el caso de delitos violentos, los códigos de Medio Oriente, como el Código Sumerio de Urnammu (2050 a.C.) y el Código de Eshunna (1700 a. C.) requerían la restitución. En Gran Bretaña, en el siglo IX, los delincuentes debían restaurar la paz haciendo pagos a la víctima y su familia.

El propósito primordial de la restitución institucionalizada era evitar la violencia de las represalias contra el delincuente, ofreciendo una reparación más “civilizada”. Sin embargo, en Occidente, con el crecimiento de la aristocracia feudal y la nación, los funcionarios reales comenzaron a considerar el empleo de multas (en un intento por incrementar las arcas), por tomar decisiones en caso de agravios y proteger a los delincuentes de posibles represalias. En los últimos años, estas multas comenzaron a exceder la restitución pagada a la víctima. Al final, con el desarrollo del supuesto de las funciones de la investigación, enjuiciamiento y observación por parte del Estado moderno, el delito comenzó a tratarse principalmente como una interrupción de la seguridad del Estado; las

dificultades financieras de los particulares ya no fueron de vital importancia en los tribunales penales. La restitución a la víctima había caído en desuso.

El método adversarial, propio de la justicia retributiva data de la época de Guillermo el Conquistador, donde se consideró al delito como una ofensa contra “la paz del rey”; es decir un ataque directo contra su majestad misma; este concepto fue retomado por la burguesía, pero adaptada a los principios que inspiraron la Revolución Francesa; en este estadio ya no se trataba de una ofensa directa contra el rey, sino que pasó a ser un agravio contra la existencia del Estado, ya que, éste estaba conformado por la voluntad entregada por el pueblo, por las personas que lo conforman, de modo que todo ataque contra un bien jurídicamente tutelado se considera como una agresión contra el Estado mismo.

Aunque en sus inicios el sistema retributivo estaba orientado esencialmente a retribuir con el mal de la pena el mal causado por el delito, la creciente humanización del derecho penal, ha hecho exigible que se atribuyan otros fines a la pena, tal es el caso de la denominada “inserción social y protección al condenado”, las cuales, las más de las veces negadas por la prevención general y el castigo.

En el caso particular de Costa Rica, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, el legislador atribuye esta tarea al Juez de Ejecución de la Pena en su numeral 458 “...*Los jueces de ejecución de la pena controlarán el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad...*”¹⁴. Importante resulta señalar que la Constitución Política de Costa Rica, no establece una norma constitucional que haga referencia a dicha finalidad, como lo apunta el Lic. Roy Murillo Rodríguez, en su obra Ejecución de la Pena al decir “...La

¹⁴ Llobet R. Javier. *Proceso penal comentado*. 3ª edición. Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica. 2008. Pág. 563

Constitución Política no hace referencia expresa al punto y solo señala la culpabilidad como principio rector límite de la responsabilidad penal... más ese postulado no da respuesta al para qué se impone la sanción o cuál objetivo se pretende con la imposición de la pena...”¹⁵. Sobre este tema, la normativa internacional es clara indicándolo así, en Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en su numeral 58:

“El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son. En definitiva proteger a la sociedad contra el crimen. Solo se alcanzará ese fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también sea capaz de hacerlo”.¹⁶

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalan en su artículo 10: *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*, en concordancia con la normativa internacional, nuestro Código Penal, en su artículo 51, es muy claro al indicar *“La pena de prisión... se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora...”¹⁷* siendo este el fin de la pena en Costa Rica.

Inserción o rehabilitación que aparece siempre como sospechosa, dado que se estructura a partir de una pena privativa de la libertad, sobre el particular encontramos el pronunciamiento de la doctrina en los siguientes términos:

¹⁵ Murillo R. Roy. *Ejecución de la sanción privativa de libertad*. 1ª edición. CONAMAJ. San José Costa Rica. 2002. Pág.22

¹⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Manual de Buena Práctica Penitenciaria*. IIDH. San José Costa Rica. 1998. Pág. 187

¹⁷ Costa Rica. *Leyes. Código Penal*, 21 ed. San José – Costa Rica. IJSA. Octubre 2008. Pág. 39

“Es valioso destacar, que en el sistema de justicia represiva la pena tiene por finalidad resocializar al actor del hecho punible delictivo; y que, por medio del carácter ejemplar de la misma y una vez cumplida la pena, el individuo pueda insertarse en la comunidad, premisa esta que es de dudosa efectividad. Prueba de ello es el estado de nuestras cárceles y la superpoblación de las mismas (ya que éstas no son sanas ni limpias y habilitar en ellas es un castigo cuando no una mortificación). Además de la estigmatización que el condenado sufre luego de cumplida su condena al intentar insertarse a la comunidad”¹⁸

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sobre la finalidad de la pena, en su jurisprudencia ha establecido:

“Las penas privativas de libertad deben ser organizadas sobre una amplia base de humanidad, eliminando en su ejecución cuanto sea ofensivo para la dignidad humana, teniendo siempre muy en cuenta al hombre que hay en el delincuente...que continúa formando parte de la comunidad, en la plena posesión de los derechos que como hombre y ciudadano le pertenecen, salvo los perdidos o disminuidos como consecuencia de la misma condena. Al mismo tiempo ha de fomentarse y fortalecerse el sentimiento de la responsabilidad y el respeto propio a la dignidad de su persona, por lo que han de ser tratados con la consideración debida a su naturaleza de hombre. Estos principios han de estar presentes en la ejecución de todas las penas y medidas, en especial las privativas de libertad...Junto al principio de humanidad, que debe privar en la ejecución penal, se acentúa en nuestro medio la aspiración rehabilitadora (artículo 51 del Código Penal). Esta concepción en relación con los fines de la pena, es una doctrina preventista y antiretribucionista, fundamentada en el respeto de los derechos humanos, en la resocialización de los delincuentes...el condenado que recluido en una prisión cumple la pena impuesta, no sólo tiene deberes que cumplir, sino que es sujeto de derechos que el recluso posee – entre los que se incluyen el derecho

¹⁸ VIDAL, Hernán. *Mediación penal, una forma alternativa de resolver el conflicto*. En: <http://www.eco.unlpam.edu.ar/ponencia/Guillermo/vidal.htm>

al trato digno, a la salud, al trabajo, a la preparación profesional o educación, al esparcimiento físico y cultural, a visita de amigos y familiares, a la seguridad, a la alimentación y el vestido, etc. – deben ser respetados por las autoridades administrativas en la ejecución penal...”¹⁹

De esta forma la Sala Constitucional da aplicación a los principios establecidos por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, mismos que imponen el respeto a la dignidad humana y la normalidad, como principios rectores del sistema penitenciario, procurando la protección de la sociedad contra el crimen, finalidad última de la pena conforme a la Regla 58²⁰

3.3.2 Definición de Justicia Retributiva

Es la clase de justicia que siempre ha existido desde la "existencia" del ser humano: ante un delito cometido hay que retribuir. A nivel de aplicación de justicia esta palabra se entiende por: ha de "pagar", es decir "recibir sanción" por el mal hecho.

En este concepto no ha habido avances. Ha avanzado más la justicia restaurativa aplicada por los australianos hace más de 500 años, que la justicia retributiva, más bien ha habido una involución en este campo. El método que ha seguido la justicia es el de la retribución.

Por consiguiente, la sociedad en este punto por lo menos, parece que le cuesta creer, que no desea avanzar. Prefiere la ley del talión aunque los derechos humanos, la justicia, la búsqueda del crecimiento y respeto humano queden estancados.

¹⁹ Sala Constitucional, Voto N° 6829 del 24 de diciembre de 1993.

²⁰ Murillo R. Roy. Op Cit. Pág. 25

En la justicia retributiva: El transgredido y el infractor son los grandes ausentes y, en muchos países la sociedad misma.

3.4 Justicia Restaurativa

Se determina en este apartado, cuales son los antecedentes históricos de la justicia restaurativa y como a través de la historia la humanidad ha utilizado diferentes formas de solucionar sus conflictos, que hoy se consideran las corrientes filosóficas de esta nueva teoría de la justicia penal.

3.4.1 Antecedentes Históricos de la Justicia Restaurativa

Es muy difícil determinar exactamente el momento o el lugar en que se originó. Lo que sí es seguro, es que las formas tradicionales y autóctonas de Justicia consideraban fundamentalmente que el delito era un daño que se hacía a las personas y que la Justicia restablecía la armonía social ayudando a las víctimas, los delincuentes y las comunidades a cicatrizar las heridas.

La restauración y la compensación, son conceptos sociales, presentes aún en las sociedades primitivas no organizadas jurídicamente, en las cuales la comisión de una conducta reprochable por parte del individuo ha estado ligada a la idea de venganza, ejercida ésta por la víctima y la sociedad o el gobierno. La práctica de obligar al resarcimiento de los daños ocasionados por un hecho delictivo, se encuentra en varias culturas y sus codificaciones, aunque en algunas oportunidades no se tenían en cuenta a la víctima directamente, a manera de ejemplo se citan:

En la “Ley Mosaica”, se imponía restituir cuatro veces el valor de lo hurtado.

En la “Ley del Talión”²¹, se imponía un severo castigo para quien cometiera una conducta ofensiva para los intereses del individuo o de la sociedad, siendo

²¹ Guier Jorge E. *Historia del Derecho*. 4^o reimp. de la 2^a Ed. San José – Costa Rica. EUNED, 1993.p. 87.

esto una forma de venganza contra el infractor y no una compensación del daño sufrido por las víctimas, pues estas no recibían resarcimiento alguno y solamente eran tenidas en cuenta para determinar el tipo de pena que debía imponerse.

El “Código de Hammurabi”²² pretendía que con la severidad de la pena se persuadiera a los futuros infractores de cometer actos delictivos, por ello, se estipulaba que se debía restituir treinta veces el valor de lo hurtado.

En el caso del Derecho Romano, esta situación era un poco más compleja que la solución de los conflictos dependía del tipo de injusto que se cometiera. Existían dos tipos de hechos ilícitos: aquellos que solamente podían ser reivindicados por medio de actos de carácter privado, es decir, solamente el afectado podía pedir el resarcimiento de los perjuicios causados; hechos denominados “delicta”; y otros conocidos como los “crimina”, caracterizados porque su persecución se realizaba de oficio por las autoridades, pues suponían una amenaza contra la sociedad. Igualmente la “Ley de las Doce Tablas”²³ exigía que se restituyera el doble de lo apropiado por medios ilícitos.

En la Edad Media, en Inglaterra²⁴, durante el reinado de Guillermo el Conquistador, se implementó un procedimiento que no consideraba los intereses de las víctimas ya que consistía en el cobro de multas que servían para incrementar las arcas reales, ello porque el delito era un atentado contra “la paz del rey”; antecedente remoto de la concepción que actualmente se tiene de la justicia penal retributiva.

El modelo de justicia penal retributiva concibe el hecho o la conducta delictuosa como una ofensa al *statu quo*, es decir, como una razón de Estado, por eso al tratarse de una situación que afecta directamente la existencia y seguridad

²² *Ibíd.* p 106.

²³ *Ibíd.* p 195

²⁴ *Ibíd.* p 401

del Estado se debe retribuir el perjuicio con otro daño proporcional a la naturaleza del delito. Se da de esta manera un desplazamiento del ofendido, porque el delito no es un daño causado a las personas y en consecuencia, la actividad de penalizar se delega en el Estado.

Lo anterior explica que para las escuelas posteriores del derecho, el énfasis hubiera estado en otros asuntos y no en la víctima, así por ejemplo la escuela clásica del derecho se interesó más en el estudio de la conducta punible; la escuela positivista, abanderada en el estudio de la responsabilidad del actor de la conducta, se valía de la víctima del delito, sólo en función de sus propósitos; es sólo hasta mediados del siglo XX, que se logra entender la necesidad de reconocer el rol destacado que debe tener en el proceso penal, la persona afectada con un proceder criminal, para efectos de pedir la restitución del daño causado, pero principalmente para lograr una mayor efectividad en lo que se refiere a la rehabilitación del delincuente frente a ella misma, frente a la comunidad y frente al Estado.

Comprensión frente al delito que permite hablar de otro tipo de justicia denominado "Justicia Restaurativa"²⁵, el cual se caracteriza por involucrar a la víctima como una parte indispensable dentro del proceso penal y que cuenta con diversos métodos o prácticas que buscan la interacción entre el ofensor, la víctima, la comunidad y el Estado en un marco de igualdad y respeto por los derechos fundamentales.

3.4.2 Corrientes que ha contribuido al desarrollo de la Justicia Restaurativa

Existen en el tiempo un número importantes de movimientos que han contribuido al desarrollo e implementación de la Justicia Restaurativa alrededor del mundo. En adelante se mencionarán algunos de estos movimientos, aunque por

²⁵ Van Ness, Daniel W. *Restoring Justice. Third Edition. EE.UU. 2006. Pág.22. traducción propia.*

motivos de tiempo y espacio no se citarán todos, ni se incluye a todos sus proponentes. Sin embargo, encontrarán a continuación un perfil para mostrar como ha influido cada uno de ellos o ellas en el desarrollo de la Justicia Restaurativa.

3.4.2.1 Justicia Formal

El movimiento de justicia informal, emergió a mediados de los años setentas con el reconocimiento de antropólogos legales de que las estructuras legales y formas de pensamiento referentes a la ley, son específicas a épocas y lugares particulares, y que virtualmente en todas las sociedades, la justicia es buscada utilizando tanto procedimientos formales como informales. Debido a que el sistema legal ha confrontado una crisis de confianza creciente en la legitimidad de estructuras legales formales, una serie de propuestas continuaron en pro de alternativas formales, con *“énfasis en: 1) incremento en la participación de la comunidad 2) más accesos a la justicia 2) desprofesionalización, descentralización y deslegalización de los procesos, 4) minimización de la estigmatización y la coerción.”*²⁶ Dos de los líderes en proponer la justicia informal fueron: *Jerold S. Auerbach, quién en su libro ¿Justicia sin Ley? Discute fuertemente acerca de la necesidad de desprofesionalizar el sistema de justicia y Nils Christie.*²⁷

El escritor noruego Christie, señaló en un artículo del año 1977, del cual el título era “El conflicto como propiedad”, *que el conflicto no es de hecho algo que deba resolverse, sino que también debe poseerse. El sistema de justicia penal es el resultado del robo por parte del Estado del conflicto entre la víctima y el delincuente. Esto representa una pérdida real y seria:*

Esta pérdida es primeramente y ante todo, una pérdida en oportunidades de aclaración de normas. Es una pérdida de posibilidades pedagógicas. Es una pérdida de oportunidades para una discusión continua de qué representa la

²⁶ Op. Cit. p 13

²⁷ *Ibidem*

ley de la tierra. ¿Qué tan equivocado estaba el delincuente, qué tan en lo cierto estaba la víctima? Los abogados están, como decimos, entrenados para estar de acuerdo sobre lo que es relevante en un caso. Pero eso conlleva una incapacidad entrenada de dejar que las partes decidan qué es lo que ellos piensan, que es relevante. Eso significa que es difícil de poner en escena lo que podríamos llamar un debate político en la corte.²⁸

El exponente anterior, propone una justicia participativa como una mejor respuesta al crimen, una respuesta caracterizada por un proceso de dirigir comunicación entre los dueños del conflicto (víctima y victimario) llevándolos a la compensación.

3.4.2.2 Restitución

El movimiento de restitución, creció a partir del redescubrimiento en la década de los sesentas en que, retribuir pago a la víctima, sería una sanción sensible de justicia penal. Muchas razones ofrecieron para la restitución, y éstas han influenciado en el desarrollo y la influencia de este movimiento: 1) la víctima es la parte afectada por el comportamiento criminal, 2) alternativas de sanciones restrictivas o intrusivas como encarcelamiento es necesario, 3) puede que haya valor de rehabilitación al solicitar al delincuente, que pague a la víctima, 4) la restitución es relativamente fácil de implementar y 5) esto podría llevar a la reducción de sanciones vengativas y retributivas cuando el público observa a los delincuentes reparando el daño causado por su actuar delictivo de forma activa. En las décadas siguientes evaluaciones conducidas, cuestionan si los programas de restitución cumplieron las expectativas.

“Uno de los primeros y más persistentes propulsores de la restitución fue Stephen Schafer, quién realizó un caso comprensivo y de influencia para procedencia histórica de sanciones de restitución. En sus escritos él describió la

²⁸ *Ibídem*

era de la justicia compensatoria anterior al desarrollo de gobiernos centralizados en Europa como “la era dorada de la víctima”, porque era un tiempo en el que los intereses de la víctima y la libertad de acción, recibían mucha diferencia. Él propuso que la compensación podría de nuevo llegar a ser un método que sanciona delincuentes, ya sea en conjunto con o como alternativa al encarcelamiento”²⁹.

Charles F. Abel y Frank A. Marsh, en su libro de 1984 “Castigo y restitución”³⁰, discutían que la restitución ofrece un enfoque al castigo que es ética, conceptual y prácticamente superior a la justicia criminal contemporánea. En el modelo el encarcelamiento se usaría solo como un último recurso para delincuentes que presenten un peligro para la comunidad y, quiénes fuesen encarcelados, tendrían la oportunidad y la obligación de trabajar por salarios y compensar e indemnizar a la víctima (y al Estado por el costo de su encarcelamiento). La mayoría de los delincuentes sin embargo; vivirían fuera de prisión bajo varios grados de supervisión según sea necesario, trabajando y pagando la restitución.

Según Daniel Van Ness, *“el crimen se define al explorar los derechos de la víctima, no al examinar el comportamiento del delincuente. Los derechos de la sociedad se satisfacen, ellos sostenían, cuando los derechos de las víctimas individuales dentro de ella eran vindicados a través de la restitución.”*

3.4.2.3 El movimiento de las víctimas

El redescubrimiento de las víctimas del crimen, contemporáneo, era el producto de una acumulación de criticismo y reformas de parte de individuos y grupos que estaban frustrados y enojados de ser ignorados. El movimiento se ha

²⁹ *Op. Cit. p 15*

³⁰ *Ibidem*

enfocado en esfuerzos amplios: 1) incrementar servicios para las víctimas durante las consecuencias del crimen, 2) el incrementar la posibilidad de reembolso financiero por el daño causado y 3) expandir oportunidades a las víctimas para intervenir durante el curso del proceso de justicia criminal.

El daño resultante de la victimización, puede ser extenso. No solamente pueden darse pérdidas económicas directas, sino que también las lesiones físicas. Además hay daños psicológicos: culpabilidad personal, censura, dolor, miedo individual y público. Adicionalmente, están los costos resultantes de la prevención, tales como desembolsos económicos para la adquisición de seguros y más seguridad, a menudo acompañados de terapias psicológicas y del comportamiento en forma de patrones cambiados, precauciones crecientes, anulación y protección. Cuando aun estos costos fracasan en ofrecer seguridad, los esfuerzos pueden ser útiles. Según Roberth Elias³¹ *“los programas de compensación para la víctima (por medio de los que los gobiernos proveen asistencia económica a las víctimas del crimen), generalmente no logran saciar esas pérdidas adecuadamente”*. Como se ve, el movimiento de restitución ofreció un remedio adicional – uno que requería reembolso por parte del delincuente - .

La tercera rama principal en el movimiento de las víctimas, ha trabajado para incrementar las oportunidades de participación de la víctima en el proceso de justicia penal, desde el momento de llamar a la policía, denuncia y sentencia del delincuente. En la que los expertos opinan que el sistema predominante en la mayoría de los países de América, está orientado directamente al delincuente, dejando de lado a la víctima, quién es sustituida en la mayoría de los casos por los y las fiscales del Ministerio Público y la Oficina de Atención a la víctima del mismo.

³¹ *Op. Cit. p 17*

3.4.2.4 Círculo de mediación – conferencia

Estos movimientos separados tienen algo en común, como se verá en próximo capítulo. Primero, la mediación víctima – delincuente, surgió en los años setenta para reunir a discutir su crimen y el daño causado por él. Con la ayuda de un mediador – facilitador, las partes formulan un trayecto de acción futura que permite que el delincuente “haga las cosas correctamente”.

Los programas de mediación víctima – delincuente, comenzaron en América del Norte y se han extendido rápidamente a través del mundo. Evidencia de ello puede encontrarse en la literatura que describe el desarrollo y adaptación de estos programas en Europa. Líderes iniciales en Europa incluyen a Martín Wright en Inglaterra y Lode Walgrave, profesor en la Universidad Católica de Leuven, Bélgica.³²

En la década de los noventa, un nuevo enfoque surgió de la adaptación de Nueva Zelanda de prácticas Maori³³ tradicionales, La Conferenciación Grupal Familiar (CGF)³⁴, la cual difiere de la mediación víctima – delincuente en muchos sentidos, pero uno de los más notables es la participación de más personas en la solución del conflicto, por ejemplo, además de las víctimas y de los delincuentes hay miembros de la familia de ambas partes y representantes de la comunidad. El enfoque de Nueva Zelanda se basa en el beneficio para la comunidad y no precisamente para el sistema de justicia penal, aún así, es el método para solucionar la mayoría de los conflictos de delincuentes juveniles.

Un tercer método de encuentro restaurativo surgió aproximadamente al mismo tiempo que el de la conferencia, éste teniendo también raíces indígenas. Son los llamados círculos de sentencia, círculos de curación y círculos comunitarios, estos procesos rescataron entendimientos de justicia aborígenes de

³² *Op. Cit. p 18*

³³ *Indígenas de Nueva Zelanda*

³⁴ *Programa de justicia restaurativa utilizado en Nueva Zelanda.*

entre la gente de las primeras Naciones de Canadá. Son aún más inclusivos que los de conferencia, con miembros interesados de la comunidad a quienes se les permite participar aunque no tengan relación alguna con la víctima o el delincuente. *“Líderes aborígenes han incluido a Verma Bushie de Programa de Sanación del Círculo Holístico de la Comunidad de Hollow Water, y no aborígenes como Barry Stuart, Bria Huculak y Kay Pranis, han ayudado a adoptar círculos a contextos no aborígenes”*³⁵.

3.4.2.5 Justicia Social

Un número de críticas y propuestas de cambio en el sistema de justicia criminal, ha surgido de parte de personas y grupos que al no compartir una perspectiva común, han compartido un compromiso para ver su entendimiento de justicia, en la aplicación práctica. Estos incluyen miembros de varias comunidades religiosas, y miembros del movimiento feminista.

Los cuáqueros (Sociedad de Amigos), estuvieron entre los líderes en el desarrollo del sistema penitenciario, en la cárcel Walnut Street a finales de 1700. Cerca de dos siglos después, durante las décadas de 1960 y 1970, miembros de esta sociedad comenzaron a presionar para que el uso de la prisión fuese reducido significativamente y que se adoptasen otras respuestas al crimen. En parte, esto era debido a abusos en prisión – abusos que parecían ser inherentes a la institución misma, y consecuentemente no eran dóciles a ser reformados - . Sin embargo; esta posición también se generó a partir de una creencia de que la justicia criminal no podría lograrse en una sociedad injusta.

Una expresión de influencia de esta preocupación fue “Lucha por la Justicia”, un reporte presentado a El Comité de Servicios de Amigos Americanos y

³⁵ *Ibídem*

publicado en 1971³⁶. Durante finales de la década de los sesenta y hasta los setenta, un movimiento informal surgió en Europa y América del Norte para la abolición de las prisiones. Atrayendo apoyo a un número de perspectivas políticas y filosóficas, el tema común del movimiento era que las prisiones eran un fracaso para rehabilitar, y eran de hecho lugares de sufrimiento agudo para prisioneros.

Algunas de las principales personalidades incluían a un grupo de escolares que se llegaron a conocer como “Escuela Utrech”, por su afiliación con la Universidad de Utrech en Holanda. Ruht Morris y otros organizaron la Conferencia Internacional sobre la Abolición de la Prisión en 1983³⁷. Esta conferencia se ha repetido cada dos años desde entonces. Varios dentro del movimiento de abolición, propusieron reformas dramáticas para reducir el uso de la prisión. Algunos pidieron la abolición por completo, mientras otros clamaban por una moratoria en la construcción de prisiones nuevas. Para reemplazar las prisiones, sus proponentes sugirieron que restitución, compensación y reconciliación, sean implementadas en programas descentralizadores basados en la comunidad.

Fe Cristiana y Justicia Criminal, de Gerald Austin McHungh³⁸, mostraron que modelos penales actuales en América, se produjeron de una visión cristiana medieval de pecado y castigo. Él demostró sin embargo; que éste no es el único tema inherente a la fe cristiana; también proclama valores de relación, restauración, perdón, reconciliación y esperanza. Dichos valores, si se aplican a la política de justicia criminal, resultarían en estructuras muy diferentes a las que se dan ahora. Una reflexión bíblica similar, se ha llevado a cabo por miembros de la tradición menonita en América del Norte, lo cual ha resultado en una riqueza de literatura y programas sobre alternativas a enfoques actuales.

³⁶ *Ibidem*

³⁷ *Ibidem*

³⁸ *Ibidem*

A partir de su experiencia como prisionero, y luego como defensor al involucrarse voluntariamente en el ambiente correccional, Charles Colson³⁹, ha ofrecido una crítica desde una perspectiva teológica diferente. Él argumentó a favor de afirmar la responsabilidad personal, y la necesidad consecuente de utilizar restitución en vez de encarcelamiento, para delincuentes en quienes la incapacitación es innecesaria. Su colega Daniel Van Ness, planteaba en *El Crimen y sus Víctimas*, “*que la justicia bíblica le preocupa enormemente, las necesidades y derechos de las víctimas, así como el valor de los delincuentes*”⁴⁰. Él propuso una serie de implicaciones de política pública procedentes de esta premisa.

En 1991, los criminólogos Hal Pepinsky y Richard Quinney⁴¹, editaron un libro llamado *Criminología como Conciliador*. En vez de enfocarse en lo negativo como la criminología (¿Qué ocasiona desviación y comportamiento criminal?) y la política de justicia criminal (¿Cómo ganamos la guerra contra el crimen y la violencia?). Este libro examina lo opuesto, busca entender como llegamos a estar más seguros de cara a la violencia. Quiero averiguar que es la seguridad y como obtenemos más de ella, el uno al otro.

Juhn Fuller⁴², ha identificado el enfoque de pacificación como justicia social, resolución de conflicto, rehabilitación y cooperación. Comunidades significativas emergen de instituciones y prácticas democráticas, en las que el crimen no se justifica, sino que se considera tanto la responsabilidad individual, como la contribución de la sociedad. Es solo al transformar tanto al criminal como a la sociedad, que una comunidad puede desarrollar respuestas efectivas, humanas y justas para el crimen.

³⁹ *Ibídem*

⁴⁰ *Van Ness, Daniel W. Op Cit, p 18*

⁴¹ *Mencionado por Van Ness, Daniel W. Op Cit, p 19*

⁴² *Ibídem*

En síntesis ninguno de estos movimientos por sí solos, ha llevado a la teoría de la Justicia Restaurativa, pero todos han influenciado en su desarrollo. Aunque hay terreno común y también diferencias notables, entre estos movimientos, mucho dentro de la teoría de la Justicia Restaurativa, ha partido de estos predecesores.

3.4.3. Antecedentes Contemporáneos de la Justicia Restaurativa

Contemporáneamente, se encuentran experiencias relacionadas con la aplicación de las técnicas propias de la teoría de la justicia restaurativa, así por ejemplo podemos citar los siguientes:

En los pueblos indígenas y aborígenes de ciertos países, como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá donde se habían venido practicando ciertos modos de Justicia Restaurativa, los cuales, se han ido adaptando al devenir de los tiempos dando lugar a ejemplos como los Tratados de Paz y Círculos de Sentencia, tomados de la esencia tradicional de estos pueblos nativos.

Hacia 1974, la primera Corte que ordenó una sentencia de Justicia Restaurativa fue realizada en Kitchener, Ontario⁴³. Dos jóvenes, capturados tras una parranda vandálica que dejó 22 propiedades dañadas, lo hicieron y gradualmente pudieron restituir el daño que habían causado.

El éxito de este caso permitió el establecimiento del primer programa de Justicia Restaurativa, en Kitchener, conocido como Programa de Reconciliación entre víctima y ofensores (Howard Zehr)⁴⁴. En Elkhart, Indiana el programa fue iniciado en pequeña escala en 1977-1978 por agentes de la libertad condicional que habían aprendido del modelo de Ontario. Para 1979 este programa se había

⁴³ *Ibíd.* p 27.

⁴⁴ Zehr Howard. *Fundamental Concepts of Restorative Justice*. Akron, Pennsylvania Menonite Central Cominitte. 1997. Pág. 78

convertido en la base de una organización no lucrativa llamada "El Centro para Justicia Comunitaria".

Programas similares están funcionando en Inglaterra, Alemania y otros lugares de Europa, por supuesto con muy diferente variedad de formas para hacerlo. La Asociación de Mediación víctima/ofensor de los Estados Unidos se formó hace varios años para unir tales programas. En Canadá, la cadena: Interacción para la Resolución de conflictos trabaja de forma similar al FIRM (Foro para Iniciativas en Reparación y Mediación, en el Reino Unido). En Nueva Zelanda, se originó en 1989 lo que se conoce como Conferencia de Grupos Familiares, en la comunidad indígena Maorí, también introdujo este modelo en su sistema de Justicia Juvenil.

3.5 Contexto Teórico – Conceptual.

En este punto se analiza la definición de la justicia restaurativa, basada en los estudios realizados por diferentes expertos en el tema. Se analiza además la teoría conceptual de la justicia restaurativa a través de las figuras ilustrativas que ayudan a una mejor comprensión del concepto.

3.5.1. La Justicia Restaurativa

El término justicia restaurativa, fue probablemente creado por Albert Eglash en un artículo de 1977, en el que sugiere que hay tres tipos de justicia penal: 1) justicia retributiva, basada en castigo, 2) justicia distributiva, basada en el tratamiento terapéutico de los delincuentes y 3) justicia restaurativa, basada en la restitución. Tanto los modelos de castigo y tratamiento, se centran en las acciones de los delincuentes, negando la participación de la víctima en proceso judicial, y requieren meramente una participación pasiva del delincuente. La justicia restaurativa, por otro lado se centra en los efectos dañinos producidos por el

crimen e involucra activamente a las víctimas y los delincuentes, en el proceso de reparación y rehabilitación.

Un número de personas ha adoptado el término “Justicia Restaurativa”, pero han dado significados algo distintos. Howard Zehr, menciona una analogía con lentes de cámara y sugiere que hay dos lentes alternativos: justicia retributiva y justicia restaurativa. Así es como describe la justicia restaurativa: “el delito es una violación contra personas y sus relaciones. Eso crea obligaciones en hacer las cosas bien. La justicia involucra a la víctima, al delincuente y a la comunidad en una búsqueda por soluciones que promuevan reparación, reconciliación y tranquilidad”⁴⁵ Wesley Cragg describe la justicia restaurativa como un proceso: “resolver conflictos de modo que se reduzca el tener que recurrir al uso justificado de la fuerza”. Martín Wright añade que el modelo nuevo, es uno “en el que la respuesta al delito sería, no colaborar con el daño causado al imponer mayor daño al delincuente, sino hacer cuanto sea posible por restaurar la situación. La comunidad ofrece ayuda a la víctima; al delincuente se le encuentra responsable y se requiere que de reparación. No solo se daría atención al resultado, sino también a evolucionar un proceso que respetaría sentimientos y humanidad tanto de la víctima como del delincuente”.

Otros han elegido usar términos diferentes. Ruth Morris habla de “justicia transformadora”, enfatizando que el crimen no solo es una violación a las personas y a las relaciones, sino que también ofrece una oportunidad de transformación, para esas personas y relaciones que pueden lidiar con la causas del delito, y de ese modo, incrementa la seguridad en la comunidad.

Jonathan Burnsibe y Incola Baker, han usado el término “justicia relacional”, resaltando la importancia de pensar en las dimensiones de relación del crimen resaltando la importancia de pensar en las dimensiones del delito. Marlen Young,

⁴⁵ Zehr. H. Op. Cit. Pág. 82

utiliza el término “justicia de comunidad restaurativa”, para recalcar la importancia de que la comunidad se involucre, y el valor y potencia de la acción comunitaria, en la prevención del delito.

La justicia restaurativa es un movimiento, dentro del sistema de justicia criminal, que se enfoca más en los daños de las víctimas, las comunidades, y los ofensores causados por el delito. Hay muchas definiciones para la justicia restaurativa. Algunos se enfocan en los procesos usados para hacer decisiones. Otros usan valores para describir la justicia restaurativa. Dan Van Ness ha desarrollado una definición que combina estos dos elementos:

“La Justicia Restaurativa es una teoría de la justicia que enfatiza la reparación de los daños causados o revelados por la conducta criminal. Para realizarlo, es necesario usar procesos cooperativos que incluyen todas las partes que tiene un interés en el delito: víctima, ofensor y miembros de la comunidad.”⁴⁶

3.5.2 Teoría Conceptual sobre Justicia Restaurativa

La justicia restaurativa es un proceso de colaboración que involucra a las “partes interesadas primarias”, es decir, a las personas afectadas de forma más directa por un delito, en la determinación de la mejor manera de reparar el daño causado por el delito. Pero, ¿Quiénes son las partes interesadas primarias en la justicia restaurativa y cómo deben participar en la búsqueda de la justicia? y la respuesta a la interrogante anterior como se ha venido diciendo, son las víctimas afectadas directamente y los delincuentes que han ocasionado el daño. La forma de cómo llegar a la búsqueda de la justicia, parte de fundamentalmente de la participación activa de cada uno. Paul Maccold y Ted Wachtel,⁴⁷ proponen que la

⁴⁶ Conferencia del Dr. Daniel Van Ness, Primer Congreso de Justicia Restaurativa, San José – Costa Rica, junio 2006.

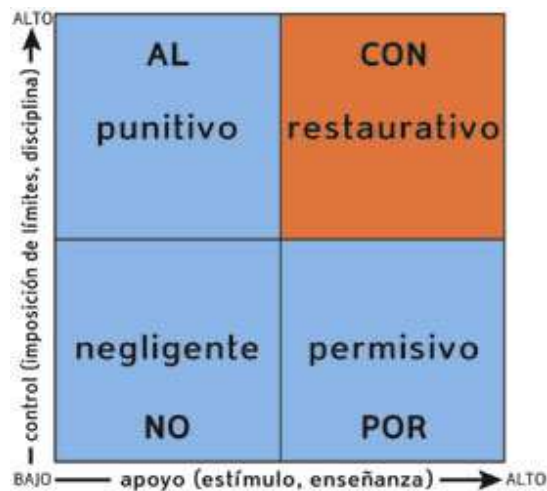
⁴⁷ Paul Mccold y Ted Wachtel. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto del 2003, en Rio de Janeiro, Brasil. Pág. 2

teoría de la justicia restaurativa cuenta con tres estructuras: 1) La ventana de la disciplina social, 2) La función de las partes interesadas y 3) La tipología de las prácticas restaurativa. Cada una de ellas a su vez explica el cómo, qué y quién de la teoría de justicia restaurativa.

3.5.2.1 Ventana de la disciplina social

El castigo y otras opciones están ilustrados en la Ventana de la disciplina social (figura 1), la cual genera mediante la combinación de dos secuencias: “control” imponer limitaciones o ejercer influencia sobre otros, y “apoyo”, enseñar, estimular o asistir a otros.

Figura Nº 3.1 Ventana de la disciplina Social ⁴⁸



Toda persona en la sociedad con un papel que suponga autoridad enfrenta opciones al decidir cómo mantener la disciplina social: los padres que educan a sus hijos, los maestros en las aulas, los empresarios que supervisan a sus empleados o los administradores de justicia que actúan ante los delitos. Hasta

⁴⁸ *Ibíd*

hace poco las sociedades occidentales se basaban en el castigo, generalmente percibido como la única manera eficaz de disciplinar a aquellas personas que proceden mal o cometen un delito.

Por razones de simplicidad, las combinaciones de cada una de las dos secuencias se limitan a “alto” y “bajo”. Un control social alto se caracteriza por la imposición de límites bien definidos y el pronto cumplimiento de los principios conductuales. Un control social bajo se caracteriza por principios conductuales imprecisos o débiles y normas de conducta poco estrictas o inexistentes. Un apoyo social alto se caracteriza por la asistencia activa y el interés por el bienestar. Un apoyo social bajo se caracteriza por la falta de estímulo y la mínima consideración por las necesidades físicas y emocionales. Mediante la combinación de un nivel alto o bajo de control con un nivel alto o bajo de apoyo la Ventana de la disciplina social define cuatro enfoques para la reglamentación de la conducta: punitivo, permisivo, negligente y restaurativo.

El enfoque punitivo, con control alto y apoyo bajo, se denomina también “retributivo”. Tiende a estigmatizar a las personas, enmarcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa. El enfoque permisivo, con control bajo y apoyo alto, se denomina también “rehabilitativo” y tiende a proteger a las personas para que no sufran las consecuencias de sus delitos. Un control bajo y un apoyo bajo son simplemente negligentes, un enfoque caracterizado por la indiferencia y la pasividad.

El enfoque restaurativo, con control y apoyo alto, confronta y desapueba los delitos al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los delincuentes. La esencia de la justicia restaurativa es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un incidente se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para

reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. El enfoque restaurativo es reintegrativo y permite que el delincuente se rectifique y se quite la etiqueta de delincuente.

Cuatro sílabas sirven como referencia para distinguir los cuatro enfoques: NO, POR, AL y CON. Si el enfoque es negligente, **NO** se hará nada en respuesta a la conducta delictiva. Si es permisivo, se hará todo **POR** el delincuente, pidiendo poco a cambio y a menudo tratando de justificar el delito. Si es punitivo, se responderá haciéndole algo **AL** delincuente, amonestándolo y castigándolo, pero esperando poca participación reflexiva o activa por parte del delincuente. Si es restaurativo, se comprometerá **CON** el delincuente y otras personas, fomentando una participación activa y reflexiva por parte del delincuente e invitando a todas aquellas personas afectadas por el delito a participar directamente en el proceso de subsanación y de aceptación de responsabilidad. El compromiso cooperativo es un elemento fundamental de la justicia restaurativa.

3.5.2.2 Función de las partes interesadas

La segunda estructura de la teoría de justicia restaurativa, las Funciones de las partes interesadas (figura 2), relaciona el daño causado por el delito con las necesidades específicas de cada parte de dicho delito y con las respuestas restaurativas necesarias para satisfacer dichas necesidades. Esta estructura causal, diferencia los intereses de las partes interesadas primarias – aquellas personas más afectadas por un delito específico – de los de las personas indirectamente afectadas.

Figura Nº 3.2 Función de las partes interesadas⁴⁹

	Daño	Necesidades	Respuestas
PARTES INTERESADAS PRIMARIAS			
Víctima(s)	directo	específicas	activa(s)
Delincuente(s)	directo	específicas	activa(s)
Familias+	directo	específicas	activa(s)
PARTES INTERESADAS SECUNDARIAS			
Vecinos+	indirecto	colectivas	de apoyo
Funcionarios+	indirecto	colectivas	de apoyo

Las partes interesadas primarias son, principalmente, las víctimas y los delincuentes puesto que son las partes más afectadas directamente. Pero aquellos que tienen una conexión afectiva importante con la víctima o el delincuente, como por ejemplo, padres, cónyuge, hermanos, amigos, maestros o compañeros de trabajo, también se ven directamente afectados. Ellos constituyen las comunidades de apoyo de las víctimas y los delincuentes. El daño ocasionado, las necesidades creadas y las respuestas restaurativas de las partes interesadas primarias son específicas del delito en particular y exigen una participación activa para lograr el mayor nivel de subsanación.

Las partes interesadas secundarias incluyen a aquellas personas que viven cerca o de aquellas que pertenecen a organizaciones educativas, religiosas, sociales o comerciales cuya área de responsabilidad o participación abarca el lugar o las personas afectadas por el delito. Toda sociedad, representada por

⁴⁹ *Ibídem*

funcionarios del gobierno, constituye también una parte interesada secundaria. El daño causado a ambos grupos de partes interesadas secundarias es indirecto e impersonal, sus necesidades son colectivas e inespecíficas, y su mayor respuesta restaurativa es apoyar los procedimientos restaurativos en general.

Todas las partes interesadas primarias necesitan una oportunidad para expresar sus sentimientos y participar en la decisión sobre la manera de reparar el daño. Las víctimas se ven perjudicadas por la pérdida de control que sufren como consecuencia del delito. Necesitan recuperar un sentido de dominio personal. Esta obtención de control personal es lo que transforma a las víctimas en sobrevivientes. Los delincuentes dañan sus relaciones con sus propias comunidades de apoyo traicionando la confianza. Para recobrar esa confianza, necesitan obtener control personal para asumir la responsabilidad por el delito cometido. Su comunidad de apoyo satisface sus necesidades asegurando que se haga algo con respecto al incidente, que se reconozca su carácter erróneo, que se tomen medidas constructivas para evitar que ocurran otros delitos y que las víctimas y los delincuentes se integren en sus propias comunidades.

Las partes interesadas secundarias, aquellas personas que no se encuentran emocionalmente vinculadas a las víctimas o los delincuentes, no deben despojar del conflicto a aquellos a quienes les pertenece interfiriendo en la oportunidad de subsanación y reconciliación. *“La respuesta más restaurativa para las partes interesadas secundarias es apoyar y facilitar los procedimientos en los que las partes interesadas primarias deciden por ellas mismas el resultado del caso. Dichos procedimientos reinsertarán a las víctimas y los delincuentes y al mismo tiempo fortalecerán a las sociedad civil mediante la optimización de la cohesión social y la obtención de control personal y mejoramiento de la capacidad de los ciudadanos para resolver sus propios problemas.”*⁵⁰

⁵⁰ Paul Mccold y Ted Wachtel. *Op Cit.* Pág. 3

3.5.2.3 Tipología de las prácticas restaurativas

Estos tres grupos de partes interesadas primarias están representados por tres círculos superpuestos en la figura N° 3. El propio proceso de interacción es fundamental para satisfacer las necesidades emocionales de las partes interesadas. El intercambio emocional necesario para satisfacer las necesidades de todas aquellas personas directamente afectadas no puede tener lugar con la participación de un solo grupo de partes interesadas. Los procesos más restaurativos incluyen la participación activa de los tres grupos de partes interesadas primarias.

Figura 3.3 Tipología de las prácticas restaurativas⁵¹



⁵¹ *Ibíd*em

La justicia restaurativa es un proceso que involucra a las partes interesadas primarias en la decisión sobre la mejor manera de reparar el daño ocasionado por un delito. Las tres partes interesadas primarias de la justicia restaurativa son las víctimas, los delincuentes y sus comunidades de apoyo, cuyas necesidades son, respectivamente, lograr la reparación del daño, asumir la responsabilidad y llegar a un acuerdo. El grado en que las tres partes participan en intercambios emocionales significativos y la toma de decisiones es el grado según el cual toda forma de disciplina social puede ser calificada como completamente “restaurativa”.

Cuando las prácticas de la justicia penal incluyen sólo a un grupo de partes interesadas primarias, como en el caso del resarcimiento económico para las víctimas por parte del gobierno, el proceso sólo se puede llamar “parcialmente restaurativo”. Cuando un procedimiento como el de la mediación penal entre víctimas y delincuentes incluye dos partes interesadas principales pero excluye a las comunidades de apoyo, el proceso es “mayormente restaurativo”. El proceso es “completamente restaurativo” sólo cuando los tres grupos de partes interesadas primarias participan activamente, como por ejemplo en reuniones de restauración o círculos.⁵²

“El concepto tradicional de justicia “Dar a cada uno lo suyo”, aparentemente no se relaciona con el nuevo concepto de justicia restaurativa, implementado desde hace más de 20 años, y basado en las tradiciones indígenas, especialmente de Norte América y Nueva Zelanda, consiste en el mecanismo de reparación del daño a través de la discusión del delito y la interacción entre el delincuente, la víctima y la sociedad. En este sentido, al permitir la discusión y análisis del delito y su daño, se está ‘dado’ a todas las partes relacionadas con la actuación criminal, la posibilidad de solucionar sus controversias, de entender el origen del crimen, desde el punto de vista humano, y permitir, que mediante el diálogo y el análisis se eviten comisiones futuras de delitos. Es claro: se está dando a cada uno lo suyo: la condena al delincuente su resocialización como ser humano; la afrontación del

⁵² *Ibídem*

daño por parte de la víctima y la racionalización de la conducta preventiva para la sociedad”. (Bach, Katherine (2005). *Justicia Restaurativa: Antecedentes, Significado Y Diferencias Con La Justicia Penal* Bogotá: Justicia Restaurativa en Colombia)

También, es posible dar el nombre de justicia restaurativa a programas, prácticas, y procesos que no son restaurativos. De ahí la importancia de esta investigación que permitirá identificar y recordar los principios fundamentales de la justicia restaurativa.

3.6 Principios de la Justicia Restaurativa⁵³

En la teoría de la justicia restaurativa existen varios tipos de principios establecidos, unos por quienes se han dedicado a estudiar esta nueva teoría de justicia que son llamados principios filosóficos de la justicia restaurativa y otros propuestos por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, denominados principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal.

3.6.1 Principios filosóficos de la Justicia Restaurativa

Tres principios fundamentales guían la implementación de los procesos de justicia restaurativa y la reforma del sistema. Primero: La justicia requiere que trabajemos por restaurar a quienes hemos dañado: víctimas, comunidades y delincuentes inclusive. Segundo: Las víctimas, los delincuentes y la comunidad deben tener la oportunidad de participar activamente en el proceso de justicia, para buscar una solución que satisfaga las necesidades de todos. Tercero: Mientras el

⁵³ Van Ness, Daniel W. *Restoring Justice. Third Edition. USA. 2006. p 43 (traducción propia)*

gobierno es responsable de procurar un orden de justicia público, el papel de la comunidad es establecer y mantener una paz justa.

3.6.1.1 Principio Primero: La justicia requiere que trabajemos por restaurar a quienes hemos dañado: víctimas, comunidades y delincuentes inclusive.

El delito deja lesiones a su paso, a las víctimas, comunidades y ofensores, cada uno dañado de formas diferentes y sintiendo necesidades particulares. Para promover una sanación o restablecimiento de paz en cada uno de ellos, la sociedad debe responder de forma apropiada, considerando las necesidades y responsabilidades de cada parte afectada.

Las víctimas, son aquellas quienes han sido violentadas por el delincuente; produciéndoles un daño directo o secundario. Dentro de las víctimas podemos encontrar las principales y las secundarias. Las principales, son aquellas que sufrieron un daño físico, psicológico y patrimonial. Pudiendo ser de forma temporal o permanente. Las secundarias sufren un daño indirecto por las acciones de los delincuentes. Estas víctimas, pueden incluir a los miembros de la familia o vecinos de las víctimas y de los delincuentes. Sus lesiones o daños y necesidades deben considerarse también, al construir una respuesta restaurativa al delito cometido.

Debido a las variadas circunstancias de las víctimas, lesiones similares pueden producir efectos sustancialmente diferentes. Es por lo menos dos aspectos, sin embargo, tienen necesidades comunes: La necesidad de recuperar el control de sus propias vidas y la necesidad de tener la reivindicación de sus derechos. Ser victimizado, es por definición, una experiencia de impotencia – la víctima no pudo prevenir que el crimen ocurriera – Como resultado, las víctimas principales necesitan a menudo recuperar un sentido de control apropiado de sus vidas. Según Justice Kelly *“ser victimado es también la experiencia de ser*

*malogrado por parte de otro, trayendo consigo la necesidad de vindicación: una denuncia autoritaria y decisiva del mal y la exoneración de quien fue malogrado*⁵⁴

Al considerar las lesiones y necesidades de la comunidad y con mayor importancia, para considerar cómo la comunidad y el Estado pueden asumir papeles complementarios al establecer seguridad, es preciso aclarar respecto a lo que entendemos por “comunidad”. Usualmente se usa de distintos modos. Algunas veces se refiere a una ubicación geográfica – el barrio en el cual, la víctima o delincuente vive – Sin embargo, con una movilidad y transitoriedad crecientes, algunos han sugerido que una definición más útil debería ser una no geográfica, enfatizando por el contrario, la presencia de conectividad y relaciones: una comunidad de atención. Algunas veces la palabra se utiliza vagamente, en conversación cotidiana como sinónimo de sociedad como un todo. Además, la comunidad local y la comunidad de atención, comparten una característica de interés común. John Braithwaite⁵⁵, “...ha sugerido que el término **comunidad de interés** sea utilizado, porque la comunidad, es entonces definida por la disposición de los miembros de tomar medidas a nombre de la comunidad, que no sólo adoptarán para sí, sino que van muy posiblemente en detrimento de sus intereses propios. Las comunidades de interés, se caracterizan por un sentir fundamental de deber, reciprocidad y pertenencia. Este interés puede estar en la víctima o el delincuente y ese interés puede o no, estar motivado por la compasión, puede estar en reducir el crimen en el área donde el crimen ocurrió, y podría estar en la justicia restaurativa y como es aplicada...”

Por otro lado las lesiones de los delincuentes también deben ser atendidas. Lesiones, que contribuyen al delito o que resultan del mismo. Lesiones anteriores, son las que existían antes de la comisión de la actividad delictiva y que de alguna manera inducen a la conducta del delincuente. Por ejemplo, se ha argumentado

⁵⁴ Citado por Van Ness, Daniel W. *Op Cit*, p 44

⁵⁵ *Ibíd*em

en muchos casos que los ofensores sexuales, especialmente los pedófilos, han sido víctimas de la misma conducta en su niñez o adolescencia, y que por tanto repiten la actividad delictiva en su adultez. También es importante mencionar que la mayoría de los delitos cometidos por adictos a sustancias psicoactivas, lo hacen para mantener su adicción.

Es importante tener claro que estas lesiones previas o anteriores al delito, de ninguna manera justifican la actividad delictiva, cualquier intento por brindar atención a las partes impactadas por el delito, debe dirigirse a ellas. Lesiones resultantes, son aquellas causadas por el delito mismo o sus consecuencias. Mismas que pueden ser físicas (como cuando el delincuente es herido durante la comisión del delito o encarcelado como resultado de él), emocionales o morales y espirituales (porque con su conducta dañó a otra persona).

Además es primordial tomar en cuenta que los delincuentes en su mayoría, posiblemente son lesionados por la respuesta del sistema judicial penal, quien los deja fuera de la comunidad, daña las relaciones familiares y podría llevar a desventajas laborales a un largo plazo (estigmatización) o lo peor aún impide compensar el daño causado a sus víctimas. No es la intención de la Justicia Restaurativa, sugerir que la responsabilidad de los delincuentes por sus actos sea minimizada o sean dejados en libertad por sus lesiones. Simplemente, que las lesiones deben reconocerse y ser tratadas en la respuesta al delito. Es decir buscar su inserción a la comunidad, pero que ésta última le brinde el apoyo para lograrlo.

3.6.1.2 Principio Segundo: *Las víctimas, los delincuentes y la comunidad deben tener la oportunidad de participar activamente en el proceso de justicia, para buscar una solución que satisfaga las necesidades de todos.*

Ciertamente, cada fase de nuestro sistema de justicia penal (retributiva), trabaja para reducir a las víctimas, los delincuentes y las comunidades a actores pasivos y nulos en la resolución de los conflictos penales. Esto, debido al enfoque predominante de considerar el delito, como una violación al Estado (norma penal), el monopolio del Estado sobre aprehensión, persecución y castigo de los delincuentes, parece lógico y legítimo. Debido al principio de presunción de inocencia, así como el conjunto de derechos que se les otorga en el debido proceso, los delincuentes tienen pocos incentivos para asumir su responsabilidad por su actividad delictiva, y muchos incentivos para permanecer pasivos, mientras el Estado lleva sus casos y sus abogados intentan destruirlos con argumentos, en la mayoría de los casos falsos que impiden de parte del delincuente el reconocimiento de su delito.

Debido a que las víctimas no son partes de interés, en los casos penales, y son simplemente una pieza acusatoria o testimonial para ser usada por el Ministerio Público, para demostrar al juzgador la responsabilidad del imputado, ésta tiene un limitado control sobre lo que ocurre y ninguna responsabilidad de iniciar alguna fase particular en el proceso. Incluso la mayoría de las víctimas, lo que las empuja o motiva es una sed de venganza, para que aquel que les hizo daño, sea sentenciado con las penas más altas, dejando en un segundo plano, la sanación por el daño causado.

Si la participación de la víctima en el proceso penal, es nula o casi nula, la de la comunidad no existe, ya que según el Código Procesal Penal en sus artículos 452 al 454, establecen los sujetos legítimos para actuar, en los conflictos penales. La justicia restaurativa, por otro lado, da un valor mucho mayor a la participación directa de las partes. Para las víctimas que han experimentado impotencia, la

oportunidad de participar, restablece un elemento de control. Para un delincuente que ha dañado a otro, asumir voluntariamente la responsabilidad, es un paso importante para, no solo ayudar a otros que fueron dañados por el delito, sino también para construir un sistema de valor prosocial. Del mismo modo, los esfuerzos de los miembros de la comunidad, para reparar lesiones causadas a víctimas y delincuentes sirven para fortalecer la comunidad misma, y para reforzar valores de respeto y compasión por otros.

3.6.1.3 Principio Tercero: *Mientras el gobierno es responsable de procurar un orden de justicia público, el papel de la comunidad es establecer y mantener una paz justa.*

El término “orden”, es usado a veces como si fuese un sinónimo de seguridad pública; los políticos hablan, por ejemplo, de la necesidad de crear más o endurecer las leyes, para lograr mantener el orden, como los únicos medios posibles para acabar con el aumento de la criminalidad en el país. La seguridad, sin embargo, es un concepto más amplio, más inclusivo que orden; para decirlo de otra forma, tanto el orden y la paz, se requieren para mantener la seguridad de la ciudadanía.

La paz requiere el compromiso de la comunidad de respetar los derechos de sus miembros, y de ayudar a resolver conflictos entre ellos. Se requiere que esos miembros respeten los intereses de la comunidad, aún cuando entran en conflicto con sus intereses propios. Es en este contexto, que las comunidades y sus miembros asumen responsabilidad para dirigirse a factores subyacentes sociales, económicos y morales, que contribuyen al conflicto dentro de la comunidad. El orden, por otro lado, es impuesto por la comunidad. Establece e impone límites externos sobre el comportamiento individual, para minimizar el conflicto abierto y controlar la resolución del conflicto. Como la paz, un orden justo es importante para preservar la seguridad, y el Estado tiene tanto el poder como el mandato para establecer el orden de una forma pacífica.

Tanto orden y paz, son conceptos apropiadas para lograr seguridad. Sin embargo, en tanto se incrementa el orden impuesto, la libertad personal se reduce; por consiguiente, la paz se buscará en una sociedad que valora la libertad. La seguridad que se crea en principio sobre un orden impuesto por el Estado, va en detrimento de una sociedad libre, como lo demuestran las condiciones en las que viven algunos de los países vecinos, como por ejemplo Guatemala y El Salvador. Por otro lado, cuando una comunidad falla en adoptar la paz, puede ser necesario para el Estado, intervenir e imponer el orden.

Describir la paz como la responsabilidad de la comunidad, y el orden como la del Estado, no debería cegarnos ante las difíciles e importantes complejidades involucradas. Cada uno juega un papel en lograr paz y orden, como vemos cuando miembros de una comunidad de programas de Seguridad Comunitaria, para la prevención del delito, o cuando los programas del gobierno se dirigen a injusticias económicas y sociales que inhiben la paz. Es importante recordar un punto que a menudo es olvidado en el debate sobre el crimen y la seguridad ciudadana: La seguridad llega cuando tanto el gobierno y la comunidad desempeñan sus partes en mantener y restablecer la paz.

Lynette Parker Gerente del Centro de Justicia y Reconciliación de la Confraternidad Carcelaria Internacional dice: *“Para entender la visión de la justicia restaurativa, podemos pensar en círculos concéntricos: En el círculo central, está la víctima primaria – quien es la persona afectada directamente por el delito – y el ofensor. Alrededor de este círculo central está la familia y los amigos de la víctima y del ofensor. El tercer círculo es la comunidad y el último es el Estado. Estos círculos tienen una interconexión en las relaciones entre personas, los costos de responder al delito y el temor o la inestabilidad comunitaria. Cada uno de estos tiene necesidades que deben ser dirigidos por la justicia. Al mismo tiempo, cada uno tiene responsabilidades en responder al delito en una manera que promoverá*

*la sanación, la construcción de relaciones pro-sociales, y la reintegración tanto de las víctimas como de los ofensores.*⁵⁶

3.6.2 Principios de las Naciones Unidas⁵⁷ para la aplicación de la justicia restaurativa en materia penal.

Frente a esta clase de principios encontramos que el Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Organización de las Naciones Unidas, estableció un conjunto de principios básicos para aplicar los programas de justicia restaurativa, los cuales se citan textualmente.

3.6.2.1 Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal.

3.6.2.1.1 Definiciones

1. *Por “programa de justicia restaurativa” se entiende todo evento que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.*
2. *Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivados del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre lo procesos restaurativos se pueden incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.*

⁵⁶ *Ibídem*

⁵⁷ *Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. 11ª período de sesiones. Viena 16 al 25 de abril del 2002. Tema 3 y 4 del programa provisional. Debate Temático sobre la Reforma del Sistema de Justicia Penal: logro de la eficacia y la equidad. Reglas y Normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal*

3. *Por “resultado restaurativo” se entiende un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.*
4. *Por “partes” se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo.*
5. *Por “facilitador” se entiende una persona cuya función es proporcionar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo.*

3.6.2.1.2 Utilización de programas de justicia restaurativa

6. *Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de los dispuestos en la legislación nacional.*
7. *Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Los acuerdos se alcanzarán en forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.*
8. *La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un*

proceso restaurativo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.

9. *Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.*
10. *La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.*
11. *Cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán 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.*

3.6.2.1.3 Funcionarios de los programas de justicia restaurativa

12. *directrices y normas, con base legislativa cuando sea preciso, que rijan la utilización de los programas de justicia restaurativa. Esas directrices y normas deberán respetar los principios básicos enunciados aquí y versarán, entre otras cosas, sobre lo siguiente:*
 - a) *Las condiciones para la remisión de casos a los programas de justicia restaurativa;*
 - b) *La gestión de los casos después de un proceso restaurativo;*
 - c) *Las calificaciones, la capacitación y la evaluación de los facilitadores;*
 - d) *La administración de los programas de justicia restaurativa;*
 - e) *Las normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de los programas de justicia restaurativa.*

13. *En los programas de justicia restaurativa, y en particular en los procesos restaurativos, deben aplicarse salvaguardias básicas en materia de procedimiento que garanticen la equidad para con el delincuente y la víctima:*
- a) *A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la víctima y el delincuente deben tener derecho a consultar a un asesor letrado en relación con el proceso restaurativo y, en caso necesario, a servicios de traducción o interpretación. Los menores, además, tendrán derecho a la asistencia de los padres o el tutor;*
 - b) *Antes de dar su acuerdo para participar en procesos restaurativos, las partes deben ser plenamente informadas de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión.*
 - c) *No se debe coaccionar a la víctima ni al delincuente para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se les debe inducir a hacerlo por medios desleales.*
14. *Las conversaciones mantenidas en los procesos restaurativos que no sean públicos tendrán el carácter de confidencial y no deberán revelarse ulteriormente, salvo acuerdo de las partes o si la legislación nacional dispone otra cosa.*
15. *Los resultados de los acuerdos dimanantes de programas de justicia restaurativa, cuando proceda, deberán ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Cuando así ocurra, los resultados tendrán la misma categoría que cualquier otra decisión o sentencia judicial y deberán excluir la posibilidad de enjuiciamiento por los mismos hechos.*
16. *Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, el caso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y se deberá adoptar sin*

demora una decisión sobre la forma de proceder. El solo hecho de no haber alcanzado acuerdo no será utilizado en ulteriores procedimientos de justicia penal.

17.El incumplimiento de un acuerdo concertado en el curso de un proceso restaurativo deberá someterse al programa restaurativo o, cuando así lo disponga la legislación nacional, al proceso de justicia penal ordinario, y deberá adoptarse sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no deberá utilizarse como justificación para una condena más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal.

18.Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial, con el debido respeto a la dignidad de las partes. En ese sentido, velarán por que las partes actúen con mutuo respeto y deberán hacer lo posible para que las partes encuentren una solución pertinente entre sí.

19.Los facilitadores deberán poseer un buen conocimiento de las culturas y las comunidades locales y, cuando proceda, recibirán capacitación inicial antes de asumir sus funciones de facilitación.

3.6.2.1.4 Desarrollo continuo de los programas de justicia restaurativa

20.Los Estados Miembros deben considerar 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 la justicia restaurativa, entre las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales.

21. *Se deben celebrar consultas periódicas entre las autoridades de justicia penal y los administradores de programas de justicia restaurativa para elaborar una concepción común de los procesos y resultados restaurativos y potenciar su eficacia a fin de acrecentar la medida en que se utilicen programas restaurativos, y estudiar medios de incorporar criterios de tipo restaurativo a la práctica de justicia penal.*

22. *Los Estados Miembros, en cooperación con la sociedad civil cuando proceda, deberán promover la investigación sobre los programas de justicia restaurativa y su evaluación para determinar en qué medida producen resultados restaurativos, sirven de complemento o alternativa al proceso de justicia penal, y arrojan resultados positivos para todas las partes. Los procesos de justicia restaurativa pueden requerir cambios concretos con el paso del tiempo. Por consiguiente, los Estados Miembros deben alentar la evaluación y modificación periódicas de esos programas. Los resultados de las investigaciones y evaluaciones deberán orientar la ulterior elaboración de políticas y programas.*

3.6.2.1.5 Cláusula de salvaguardia

23. *Nada de lo enunciado en estos principios básicos afectará a los derechos del delincuente o de la víctima reconocidos por la legislación o el derecho internacional pertinente.*

Fundamentales resultan los anteriores principios, para la puesta en práctica de programas restaurativos en materia penal, por parte de los países que integran el sistema de las Naciones Unidas, considerándose la base jurídica para la elaboración de proyectos de ley que vengán a introducir o reformar nuevos institutos jurídicos dentro del código penal.

3.7 Funcionamiento práctico de la Justicia Restaurativa

Se expondrán en este apartado, el funcionamiento práctico de la justicia restaurativa, a través de sus diferentes expresiones: la compensación, la reintegración, el encuentro y la participación o inclusión.

3.7.1 Compensación o reparación

La justicia restaurativa intenta reparar el daño causado por el delito. De ser posible, esta reparación debe ser realizada por quién causó el daño. Es por eso que la justicia restaurativa valora los esfuerzos de los delincuentes por compensar su actividad delictiva.

La reparación comprende cuatro elementos o facetas: *disculpa, cambio de conducta, restitución y generosidad*⁵⁸. Cada elemento posee el potencial de ayudar a la víctima a sanar y de convertir al delincuente en un miembro productivo de la comunidad, si bien usualmente más de uno de los elementos participa en un resultado restaurativa, víctima y delincuente son quienes deciden qué elementos son importantes y factibles en los distintos casos. Este es el motivo por el que los encuentros restaurativos son importantes.

Disculpa: La disculpa puede ser oral o escrita. Las tres partes de la disculpa son: reconocimiento, emoción y vulnerabilidad. Con el reconocimiento, el delincuente acepta su responsabilidad por lastimar a la víctima con sus acciones. El delincuente también acepta que su conducta causó un daño real. Finalmente, el delincuente acepta que el daño causado fue experimentado por otro ser humano que no merecía ser perjudicado. El arrepentimiento puede expresarse en palabras o mediante el lenguaje corporal. Observar al delincuente a expresar su

⁵⁸ Llanos R. Op. Cit. p 90

arrepentimiento puede ser sanador para la víctima. Sin embargo, el delincuente puede sentir un profundo arrepentimiento pero ser incapaz de expresarlo en modos que pueden ser plenamente apreciados por la víctima

Cambio de conducta: En el nivel más básico, el cambio en la conducta por parte del delincuente significa que éste no cometa delitos. Ésta es la razón por la que los acuerdos negociados incluyen elementos tales como el cambio del entorno del delincuente, ayudarlo a aprender a tener un nuevo comportamiento y recompensar los cambios positivos. Asistir a la escuela y no concurrir a los lugares que solía frecuentar son modos de lograr el cambio de entorno. Programas para el tratamiento de adicción a drogas, clases para el control del enojo y programas educativos y de capacitación laboral son modos como los delincuentes aprendan nuevas conductas. Las reuniones de seguimiento posteriores a los encuentros pueden utilizarse a fin de monitorear el progreso realizado por el delincuente en su intento de cambio y darle un aliento positivo por los progresos realizados.

Generosidad: Sin embargo, los resultados de los procesos reparativos sugieren que víctimas y delincuentes pueden ir más allá de simplemente saldar cuentas. El delincuente puede ofrecerse a realizar servicios que no se encuentran relacionados con la víctima o con el delito cometido, pero que son considerados por la víctima como muestra de una sincera disculpa. Por ejemplo, el delincuente puede estar de acuerdo en realizar servicio comunitario en el organismo que la víctima elija.

Restitución: La restitución puede hacerse devolviendo o reemplazando la propiedad, con un pago monetario, o brindando servicios directos a la víctima.

La restitución debe pagarse primero a quienes sufrieron un daño directo con el delito cometido, incluyendo a los miembros de las familias de víctimas de asesinato. Si el servicio comunitario es ordenado o acordado como modo de

“saldar la deuda con la sociedad”, en lugar de que el delincuente se haya ofrecido voluntariamente a hacerlo como muestra de su generosidad, es importante establecer un claro vínculo entre el delito y el servicio comunitario que el delincuente realizará. Idealmente, tendrá una conexión directa con las necesidades e intereses de la víctima.

3.7.2 Reintegración

Es el reingreso de la persona en la vida de la comunidad como un miembro completo, productivo y que contribuye, esto se da cuando las personas dejan las prisiones y son ciudadanos de bien. Tanto la víctima como el ofensor pueden necesitar ayuda, se les debe tratar con dignidad, los dotes y habilidades que tienen deben ser respetados, asimismo motivados a que hagan uso de ellos, un exprivado de libertad puede necesitar ayuda, se le debe brindar asistencia moral, material y espiritual.

El delito causa perjuicios. También puede traer aparejado que tanto víctima como delincuente sean estigmatizados. Por lo tanto, la justicia restaurativa da gran valor a la reintegración de víctima y delincuente. La meta es que se conviertan en individuos completos que contribuyen a su comunidad.

Con frecuencia, según el tipo de delito, las víctimas se sienten estigmatizadas por familiares, amigos y la comunidad. A veces, esto se debe a la soledad experimentada durante y después de una crisis traumática. Pero, en otros casos esto ocurre debido a que las víctimas son, para quienes los rodean, incómodos recordatorios de que el delito puede afectar a cualquiera. Debido al miedo, personas que naturalmente apoyarían a la víctima intentan explicar lo ocurrido culpando a ésta o deseando que “lo superara”. Esto separa a la víctima de sus seres queridos y miembros de la comunidad y puede conducir a la estigmatización.

Los delincuentes también sufren la estigmatización. Dado que el delito genera miedo en la comunidad, los delincuentes se tornan seres totalmente viles a los ojos de la sociedad. El encarcelamiento los separa de su familia y comunidad. Con frecuencia, posteriormente a la liberación, los delincuentes no poseen estructuras de apoyo estables, ni dinero inicial para alimento y ropa, vivienda, transporte, y demás elementos de una vida productiva saludable. Al mismo tiempo, se ven discriminados al intentar convertirse en ciudadanos productivos.

La reintegración ocurre cuando víctima o delincuentes logran convertirse en miembros activos y productivos de sus comunidades. Al fin de lograr esto, deben encontrar comunidades con las siguientes características: 1) respeto mutuo entre los miembros de la comunidad, 2) compromiso mutuo entre éstos e 3) intolerancia hacia las conductas descarriadas por parte de los miembros de la comunidad.

3.7.2.1 Ejemplos de comunidades de apoyo

Grupos de Apoyo: En los grupos de apoyo a las víctimas, ex delincuentes, los participantes comprenden las dificultades que los otros enfrentan debido a que ellos ya han pasado por lo mismo. Cuando el individuo siente que quienes lo rodean no lo comprenden (incluso su familia), establece fuertes vínculos con el grupo debido a las experiencias que tienen en común. Estas experiencias compartidas ayudan a desarrollar respeto, compromiso y comprensión. Ejemplo de esto, es lo que se desarrolla en la Comunidad de Restauración APAC, con los delincuentes sentenciados por delitos sexuales, quienes han establecido un grupo de apoyo basado en los doce pasos de alcohólicos anónimos, llamado sexo adictos anónimos. En este grupo, los delincuentes adictos al sexo, entienden que en la misma comunidad (sociedad), existen personas con los mismos problemas, pero que se mantienen al margen, desde que asisten al grupo de autoayuda.

Círculos de Apoyo: Si bien los grupos de apoyo ayudan al desarrollo de la autoestima y generan respuestas más positivas frente a la vida, son limitados en cuanto a las relaciones que se generan. El Comité Central Menonita en Ontario, Canadá⁵⁹, ha organizado Círculos de Apoyo para ex delincuentes que necesitan más de lo que puede llegar a ofrecer un grupo de apoyo. Este programa funciona con voluntarios que trabajan junto a la policía, grupos comunitarios, y tratamiento profesional para abordar las necesidades de quienes cometieron delitos sexuales serios, cuando éstos son puestos en libertad. El programa reduce la reincidencia, ayuda a la transición del delincuente hacia la comunidad, y trata los temores de la comunidad.

Comunidad de Fe: Estas comunidades se encuentran presentes en prácticamente todos los lugares. Muchos son alentados por sus creencias y tradiciones a ayudar a satisfacer las necesidades de sus comunidades. Muchos poseen los recursos y presencia necesarios para brindar muchos servicios. Ejemplo de estas comunidades, es la cristiandad la cual muestra muchísimas tradiciones y ejemplos de asistencia a quienes sufren necesidades. La historia del Buen Samaritano alienta a la iglesia a ayudar a quienes son víctimas del delito. El acto de perdón y aceptación de Jesús para con el ladrón en la cruz es un ejemplo de la aceptación en la comunidad de los delincuentes arrepentidos.

Cuando los grupos de apoyo, grupos comunitarios, comunidades de fe y otras comunidades ofrecen amistad, ayuda material y dirección espiritual o moral, están ofreciendo a la víctima y al delincuente la oportunidad de abandonar las sombras e insertarse en la sociedad como un miembro que contribuye a ésta. Es responsabilidad de la comunidad que existan estas comunidades reintegradoras: es responsabilidad de la víctima y de la delincuencia el formar parte de ellas.

⁵⁹ Mencionado por Llanos R. Op. Cit. p.96

3.7.3 Encuentro

*La víctima y el ofensor se encuentran, tienen una reunión o varias, en esto pueden involucrar también a la comunidad, y tener diferentes posiciones morales, el ofensor puede estar estigmatizado o no*⁶⁰, estas reuniones son cara a cara, allí todos los presentes pueden narrar lo que vieron, se puede saber que pensaba el ofensor cuando cometió el delito, no solamente la parte legal; se analiza como salir del conflicto, hay mucha emoción en este encuentro, conociendo la verdad de propia voz del infractor y de la víctima o de sus familiares, se busca la comprensión, la tolerancia y el entendimiento, se puede llegar a algún acuerdo.

La justicia restaurativa otorga gran importancia a los encuentros entre la víctima y ofensor. Este encuentro puede hacerse directamente en una reunión entre ambos (tal vez, también con otras personas) con la asistencia de un facilitador. Puede hacerse indirectamente mediante el intercambio de cartas, videos y mensajes entregados por un tercero.

Los programas que posibilitan los encuentros (mediación entre víctima y ofensor, reuniones restaurativas, círculos de diálogo, árbol sicómoro), tienen una fuerte identificación con la justicia restaurativa. Historias de confesiones, perdón y reconciliación, forzosamente, nos recuerdan las heridas causadas por el delito y la necesidad de abordarlas. Sin embargo, el encuentro no es la única dimensión de la justicia restaurativa, y por cierto ni es un elemento esencial de una respuesta restaurativa (de lo contrario, no habría respuesta restaurativa cuando no es posible identificar a una de las partes o cuando ésta no desea o puede reunirse con la otra).

⁶⁰ Van Ness Daniel y Karen Heetderks Strong. *Justicia Restaurativa*. Editorial Anderson. Cincinnati. USA. 1997. Pág. 111

Un encuentro restaurativo consta de cinco elementos vinculados: reunión, narrativa, emoción, entendimiento y acuerdo. Cada uno de estos elementos contribuye al fortalecimiento del encuentro. Los encuentros que cuentan con los elementos poseen más fuerza para ayudar a ambas partes a avanzar hacia la sanación.

Reunión: En la mediación, reuniones de restauración y los círculos, las víctimas se encuentran con sus propios ofensores. Con los paneles del impacto entre víctima y ofensor, las reuniones se realizan con representantes de la víctima y el ofensor. Si el encuentro se realiza mediante el intercambio de cartas, grabaciones o videos, y mediante comunicación indirecta, la “reunión” no requiere la confrontación cara a cara. Sin embargo, lo que ocurre durante cualquiera de estos tipos de encuentro involucra directamente a la otra parte, a diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales, donde a lo sumo cada una de las partes sólo puede observar la declaración que la otra parte hace frente al juez o jurado.

Narrativa: En la reunión, las partes hablan una con otra; cuentan sus historias. En su narrativa describen lo que les ocurrió a ellos, cómo los ha afectado y cómo ven el delito y sus consecuencias. Esta es una narración más subjetiva que objetiva y, en consecuencia, posee integridad tanto para quién habla como para quién escucha.

Emoción: La narrativa permite a los participantes expresar y abordar sus emociones. El delito puede producir respuestas emocionales poderosas que obstruyen la más desapasionada búsqueda de justicia a la que los tribunales aspiran. Los programas de encuentro permiten que esas emociones sean expresadas. Esto puede tener un efecto sanador tanto para la víctima como para el delincuente. Todos los programas de encuentro previamente descritos reconocen la importancia de la emoción al capacitar a los facilitadores, preparar a los

participantes y establecer las reglas básicas. Como resultado, el delito y sus consecuencias son abordados no sólo racional, sino también emocionalmente.

Entendimiento: El uso del encuentro, la narrativa y la emoción conducen al entendimiento. Tal como David Moore ha afirmado, acerca del proceso de reuniones de restauración. *“En este contexto de emociones compartidas, víctima y delincuente logran una cierta empatía. Puede que esto no haga que la víctima posea sentimientos particularmente positivos con respecto al delincuente, pero hace que este último se vea más normal, menos malévolo”*⁶¹ Del mismo modo, cuando el delincuente escucha la historia de la víctima, humaniza a ésta y, además, puede cambiar su actitud con respecto a su conducta delictiva.

Acuerdo: Al lograr el entendimiento, se sienta una base productiva que permitirá acordar qué ocurrirá a continuación. Los programas de encuentro buscan una resolución para los futuros procesos legales. Por consiguiente, el encuentro abre la posibilidad de diseñar una resolución única reflejando las circunstancias de las partes. Aún más, las partes hacen esto mediante un proceso de cooperación, a través de una negociación que apunta a la convergencia de intereses de la víctima y el delincuente brindándoles la posibilidad de guiar el resultado.

3.7.4 Participación e inclusión

Todos los que quieren pueden participar, la invitación esta abierta a todos, los que quieren visitan a la víctima o al ofensor.

El reconocimiento de la falta es muy importante, se quiere llegar a que los ofensores hablen, no sus abogados o apoderados, lo mismo en el caso de la víctima, debe participar para saber que esta sintiendo.

⁶¹ Mencionado por Llanos R. Op. Cit. p 85

Juntos víctima y ofensor pueden abordar alternativas de solución que no estaban contemplados, se puede analizar la compensación (compromiso de pagar cierto dinero, trabajar para la víctima, ayudar en su trabajo), la integración (se evita el encarcelamiento, se ponen condiciones para el acuerdo, se ven las necesidades mutuas, se ayuda a otras víctimas).

Ahora se piensa en la víctima como nunca antes, cuando hay un arrepentimiento verdadero se puede trabajar y ayudar a la víctima sin afectarla o pretender destruirla. Los procesos de la justicia restaurativa son más abarcativos que los tradicionales procesos de la justicia penal. Se invita activamente a todas las partes involucradas. (Víctimas, delincuentes y miembros de la comunidad) a participar a fin de resolver la situación.

La inclusión apunta a la participación total de todas las partes y se logra: 1) invitando a todas las partes interesadas a participar, 2) anticipando que cada una de las partes intentará satisfacer sus propios intereses, 3) siendo lo suficientemente flexible como para aceptar nuevos abordajes apropiados para las distintas situaciones que se puedan presentar.

Estas características son especialmente importantes para las víctimas, debido a que éstas no poseen el reconocimiento oficial de intereses legales en la mayoría de los sistemas de justicia penal. La justicia penal tiene que ver con el enjuiciamiento del delincuente acusado, por parte del Estado. Este proceso legal entra en conflicto con la realidad experimentada por la víctima que fue lastimada por el acto delictivo.

Métodos de inclusión: si bien el sistema de justicia penal no puede ser tan abarcativo como los procesos de justicia restaurativa, existen al menos cuatro modos en que la víctima puede participar más en el proceso. Estos son:

- a. Información: La menos abarcativa de estas reformas es, de todos modos, muy importante para muchas víctimas. Consiste en que las víctimas sean informadas acerca de los servicios y derechos que pueden esperar, y el estado de su caso en el proceso de justicia penal. Las víctimas deben recibir información acerca de la indemnización que pueden recibir, los servicios de asistencia a víctimas, los pasos de la acción penal y los derechos que poseen durante el proceso.
- b. Presencia en el Tribunal: Muchas víctimas y sobrevivientes quieren observar los procesos de justicia penal. Sin embargo, esto no es siempre permitido debido a que existe el temor de que la declaración judicial que deben ofrecer se vea influida por lo que los otros testigos hayan dicho. Algunas jurisdicciones permiten a la víctima observar el juicio después de haber dado testimonio. En otras, se permite a la víctima concurrir durante todo el proceso, a menos que pueda mostrarse que esto pondría en riesgo el derecho del acusado a un juicio justo.
- c. Declaraciones de impacto de la víctima. Muchas jurisdicciones permiten a las víctimas hacer una declaración durante la fase de sentencia. Pueden ofrecer testimonio acerca del daño físico, mental, emocional, social y patrimonial causado por el delito.
- d. Reconocimiento de intereses legales: En general, la víctima no posee reconocimiento de intereses legales en los procesos judiciales. Si el valor restaurativo de las reparaciones fuera considerando seriamente, la víctima podría poseer el derecho legal a demandar a fin obtener una restitución durante la acción penal.

En los círculos concéntricos, las interconexiones pueden consistir en las necesidades de las partes afectadas, responsabilidades para las consecuencias del delito y las obligaciones de reparar los daños. Los ofensores tienen la obligación de reparar el daño causado por sus acciones. Primero, tienen que entender el impacto del delito en la víctima directa y otras personas en la comunidad. En segundo lugar, necesitan tomar responsabilidad para estas acciones y su impacto por reconocer su responsabilidad al causar estos daños y entonces tomar acciones para reparar el daño. Al hacer esto, el ofensor puede iniciar el proceso de cambiar su vida, pensamientos, sistema de valores y acciones de antisocial al pro social.

En el delito, las víctimas experimentan emociones y heridas diferentes. Estas comienzan con los daños físicos y materiales pero pueden ser más profundas e incluir los sentimientos de la impotencia, del temor, del enojo, y del aislamiento de la comunidad, sus familias, etc. Por eso, necesitan el espacio para recobrar el control en su vida. Necesitan la oportunidad de decir su historia, no apenas los hechos legales como en los Tribunales, sino el impacto humano emocional de cómo el delito ha afectado sus vidas. Al mismo tiempo, necesitan reivindicación, el reconocimiento de que el delito fue un acto de maldad contra ellas y que ellas no deberán cargar con la culpa del delito.

Por eso, la justicia restaurativa se enfoca en las necesidades de estos grupos de personas afectadas por el delito. Por lo menos, las víctimas directas y los ofensores deben poder participar en los procesos de responder al delito, tener una voz en las decisiones y el espacio para buscar la sanación. El rol que cada uno tiene depende del impacto que el delito haya provocado en su vida, sus capacidades de participar en los procesos y sus preferencias.

Los procesos usados en la justicia restaurativa crean un espacio para que estas partes puedan comunicar sus historias sobre el delito, nombrar los daños

recibidos o causados por éste y definir los mecanismos para repararlos. Para tener el beneficio máximo, es importante que estos procesos sean voluntarios y cooperativos, que cada participante quiera trabajar en reparar los daños y tenga una voz en el proceso. A veces, esto no es posible, el ofensor no quiere participar o no acepta su responsabilidad en el delito. En estos casos, es importante trabajar en una manera restaurativa y ofrecer otras oportunidades para entender las consecuencias del delito y sus responsabilidades de reparar el daño. En otras situaciones, la víctima o supervivientes de la víctima, no quieren o no pueden participar en estos procesos. En estos casos, es necesario trabajar con ellos para encontrar caminos que satisfagan sus necesidades.

Cuando el impacto del delito es más grande que el dirigido a la víctima y al ofensor, es decir en los delitos de acción pública, puede provocar una reacción que se extiende a la familia y a los amigos de cada uno, a la comunidad en general y al gobierno. La justicia restaurativa reconoce este impacto total del crimen y busca una manera de incluir a todas estas partes.

3.8 Contexto Teórico de la Justicia Restaurativa

La justicia restaurativa se ha convertido en un movimiento mundial. En muchos países, es una de los enfoques que compiten a ser considerados regularmente por juzgados y legislaciones para buscar una solución al problema de la criminalidad y del aseguramiento de la justicia.

Asociaciones internacionales que trabajan y desarrollan el tema de la justicia restaurativa, están facilitando el intercambio e investigación entre programas locales en muchas partes del mundo. La Red Internacional para la investigación sobre la Justicia Restaurativa, para jóvenes, fue organizada en Leuven, Bélgica en 1997, y ha patrocinado conferencias internacionales anuales desde ese momento. Estas conferencias han contribuido significativamente con la literatura disponible

sobre investigación de prácticas restaurativas, y ha hecho posible, que los participantes sepan de primera mano acerca de nuevos desarrollos, y en una ocasión resultó en una declaración extensa sobre las posibilidades y promesas de la justicia restaurativa.

Un foro europeo para la mediación víctima – delincuente y justicia restaurativa, conducido en 1999, resultó en la organización de una asociación nueva del mismo nombre, cuyo propósito es intercambiar conocimiento y experiencia, para considerar cooperación mutua y realizar investigación comparativa y mediación internacional.⁶²

Los gobiernos, están invirtiendo recursos sustanciales en programas restaurativos. El departamento de justicia de los Estados Unidos, ha patrocinado un número de iniciativas en justicia restaurativa. El gobierno canadiense, tiene recursos invertidos de forma similar en entrenamiento y desarrollo de programas de justicia restaurativa a niveles provinciales y estatales. Además, el gobierno federal ha adoptado una legislación reformadora de sentencias, una legislación que marcó una “reorientación” en política de sentencia. Reformas extensivas aún mayores, están siendo consideradas por el parlamento en acta de justicia juvenil.⁶³

El acta de niños, personas jóvenes y sus familias, de Nueva Zelanda, fue quizás la primera ocasión en la que una nación moderna, adoptó formalmente una práctica restaurativa, como su método presunto de lidiar con delincuentes juveniles. En años recientes, una legislación similar, se ha adoptado para delincuentes adultos. Un número de estados en Australia, ha adoptado leyes de justicia juvenil, que son variaciones sobre el tema divulgado por Nueva Zelanda. Similarmente, Zimbabwe y otras naciones africanas, han decretado una legislación, incorporando principios y prácticas restaurativas. Países de Europa Oriental, han

⁶² Mencionado por Van Ness Daniel. *Op Cit.* Pág. 34

⁶³ *Ibidem*

incluido mediación, en sus códigos pro – consumismo respecto a justicia penal y penal juvenil.⁶⁴

También en 1999, el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (siglas en inglés ECOSOC), adoptó una resolución instando a los Estados Miembros a utilizar mediación y justicia restaurativa en casos apropiados, e hizo un llamado para el desarrollo de lineamientos sobre el uso de esos programas. Durante su sesión en el año 2000, ECOSOC adoptó una propuesta para dar circulación a elementos, trazados a partir de principios básicos sobre el uso de justicia restaurativa entre las naciones miembros, para su comentario y revisión.

Según Lynette Parker *“La comunidad es responsable de crear una paz con justicia. El gobierno tiene la responsabilidad de crear un orden público justo. Por eso, es importante que el gobierno y la comunidad trabajen cooperativamente para reparar el daño. En su rol, el gobierno crea e impone las leyes para mantener el orden. La comunidad desarrolla las normas y los valores comunitarios y ayuda a sus miembros a aplicarlos en sus vidas para crear la paz. Cuando hay un delito, la comunidad y el Estado denuncian el crimen como injusto y lo marcan como violación contra la ley y (por) reconocer los daños causados. Para responder de manera restaurativa, el gobierno tiene que reconocer el papel de cada una de las partes en el proceso: víctima, ofensor y comunidad. La comunidad, en su rol, desarrolla mecanismos para sanción y reintegración de las víctimas y ofensores, con la cual refuerza los vínculos comunales para construir la paz. Cuando las comunidades toman este papel y crean la paz, el papel del gobierno en crear un orden público justo es más fácil. Sí hay más paz en el nivel de la comunidad, también habrá más orden. Cuando la comunidad no toma este papel como pacificador o crea sistemas injustos, el gobierno impone más leyes y toma más acciones para imponer el orden. Generalmente, esto lleva la iniciativa para*

⁶⁴ *Ibíd*

*responder a problemas sociales de la comunidad y lo pone en las manos del gobierno. Cuando el gobierno no impone un orden público justo, la comunidad tiene que trabajar en construir mecanismos para hacer la paz y crear un orden público y justo.*⁶⁵

La base del sistema de la justicia retributiva que impera en este país, es que el crimen es solamente una violación de una ley⁶⁶, significa que la justicia nos requiere para apoyar la autoridad del Estado castigando al ofensor. Los focos principales de la justicia retributiva tradicional están en la pena merecida (cuando pensamos en el delito), en la disuasión y la privación de capacidad de seguir haciendo daño (cuando mira hacia un futuro con menos crimen) y en el ofensor como el infractor.

Las fuerzas de la justicia restaurativa empiezan con una visión más integral del crimen, reconociendo el daño que resulta, y no solamente la violación de la ley. Esto significa que incluye a las víctimas y a los miembros de la comunidad afectados en la respuesta al delito. Toma una mirada extensa del crimen y el contexto en que fue cometido. La justicia restaurativa se mide por el éxito, no por la cantidad del castigo impuesto, sino por la cantidad del daño que es reparado. Su enfoque en el daño significa que debe tomar gravemente las necesidades de víctimas (aunque a veces los programas restaurativos no lo hagan así). Reconoce que hay una necesidad de la participación de la comunidad en la respuesta de la sociedad al crimen, más que el gobierno respondiendo solamente. Y ofrece considerablemente más flexibilidad en los casos individuales que se atienden.

⁶⁵ Ponencia de la Licda. Lynette Parker, Asamblea Regional de los Ministerios Latinoamericanos de la Confraternidad Carcelaria Internacional, Guayaquil – Ecuador, Setiembre, 2006.

⁶⁶ CONAMAJ. Conferencia del Dr. Javier Llobeth, Primer Congreso de Justicia Restaurativa, San José – Costa Rica, junio 2006.

De acuerdo con lo anterior, dicha Justicia Restaurativa se observa como una solución más pronta e inmediata al crimen, pues incluye no sólo al delincuente sino a la víctima y en su defecto a la comunidad misma, lo que hace más práctica su realización.

La justicia restaurativa conlleva un acercamiento de las partes, pero su objetivo más concreto es procurar una satisfacción en los resultados, pues no se trata sólo de mediar con las partes en el proceso, sino que además se le brinde a las mismas, tranquilidad, seguridad, apoyo y confianza.

La Magistrada Ana Virginia Calzada Presidenta de la Sala Constitucional, en el discurso de apertura del Primer Congreso sobre Justicia Restaurativa realizado en San José – Costa Rica en junio del 2006 expuso “...*Independientemente de las explicaciones casi mágicas que le podamos dar a este fenómeno, sabemos bien que la acogida de la justicia y las prácticas restaurativas en nuestro país se debe a que en medio de la anomia y la violencia individual y social que estamos viviendo – ello ofrece respuestas y salidas esperanzadoras, de reconciliación, de diálogo, de reparar lo dañado, de disminuir el miedo, de devolvernos la confianza en el ser humano...*”⁶⁷.

En el mismo Congreso el Magistrado Luis Paulino Mora Presidente de la Corte Suprema de Justicia, expresa “...*Después de 36 años de ser juez y de haber trabajado la mayor parte de mi carrera en el área penal, soy el primero en reconocer las serias limitaciones que tiene el sistema retributivo actual para servir de solución a la creciente violencia social. Soy un fiel creyente de que debemos abrirnos a nuevas formas de resolver los conflictos, y que el poder punitivo del*

⁶⁷ CONAMAJ. *Palabras de Apertura. Magistrada Ana Virginia Calzada. Primer Congreso de Justicia Restaurativa. San José – Costa Rica, junio 2006.*

*Estado debe tomar en cuenta a la víctima e incorporarla como la parte más importante del proceso...*⁶⁸

El delito es fundamentalmente una violación a las relaciones entre las personas. Las violaciones crean obligaciones y responsabilidades. Las obligaciones de la comunidad son para con las víctimas y los agresores y por lo general para el bienestar de sus miembros. Principios que se contraponen al sistema penal retributivo que predomina en Costa Rica, en el cual el delito se visualiza como una violación a la normativa penal y no como a las personas, de ahí que existe un Ministerio Público que se encarga de acusar al infractor y un Tribunal Penal es quien determina la culpabilidad del mismo, la víctima en este caso únicamente ofrece su testimonio como prueba fundamental del Ministerio Público, la sociedad en sí busca nada más que el infractor pague con prisión su delito, despreocupándose por su inserción y por la sanación de la víctima.

3.9. Hipótesis

La hipótesis del presente trabajo de investigación es: La justicia restaurativa es una herramienta más, en la lucha contra el fenómeno de la criminalidad costarricense.

⁶⁸ CONAMAJ. Conferencia del Dr. Luis Paulino Mora, Primer Congreso de Justicia Restaurativa, San José – Costa Rica, junio 2006.

CAPITULO IV

DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN RECOLECTADA

4.1 Comparación entre la Justicia Retributiva y la Justicia Restaurativa

En el capítulo anterior, se ha dejado definido lo que se entiende por Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa, igualmente sus principios y valores fundamentales. Tomando en cuenta lo anterior, es que se puede analizar cuales son las diferencias entre ambas teorías o filosofías de justicia. Algunos precursores de la Justicia Restaurativa, diferenciaron de alguna forma entre una y otra, es así como Howard Zehr, propuso que la justicia retributiva, era lo que conocemos como la justicia penal, enfocada en determinar la culpabilidad del imputado y luego imponer la sentencia, según la ley. Gordon Bezemore, va más allá, al comparar ambas teorías y contrastarlas con el paradigma de la rehabilitación. La justicia restaurativa, incluye como se mencionó en el capítulo III, principios de responsabilidad y también reconoce que la responsabilidad puede ser dolorosa, según el caso. Aún cuando los oponentes de esta teoría, aducen que el delincuente no se responsabilizará por su actuar delictivo, en el sistema basado en la justicia restaurativa, relacionando éste con la impunidad.

Tradicionalmente el enfoque de justicia retributiva ha justificado, imponer dolor al argumentar que la justicia puede ser restaurada por este medio. Según los defensores de esta teoría, se restaura porque el delincuente merece dolor y la víctima tiene derecho a ver que sea impuesto, no participar en la decisión sobre que es lo que el delincuente merece por el daño causado. Cuando se aplica dolor, el delincuente es encontrado responsable por sus acciones, y el castigo colabora con corregir el mal.

Según los expertos en esta nueva teoría, establecen que hay mucho de la teoría retributiva cercano a la justicia restaurativa. La justicia restaurativa tiene como bandera corregir el mal o restaurar la justicia de cada situación particular. Se preocupa por exigir a los delincuentes, a que asuman su responsabilidad por sus acciones, y hacer lo correcto con las víctimas de forma activa. Pero, también se preocupa que el castigo o sanción, impuesta a los delincuentes de forma justa, sin violentar sus derechos fundamentales y constitucionales.

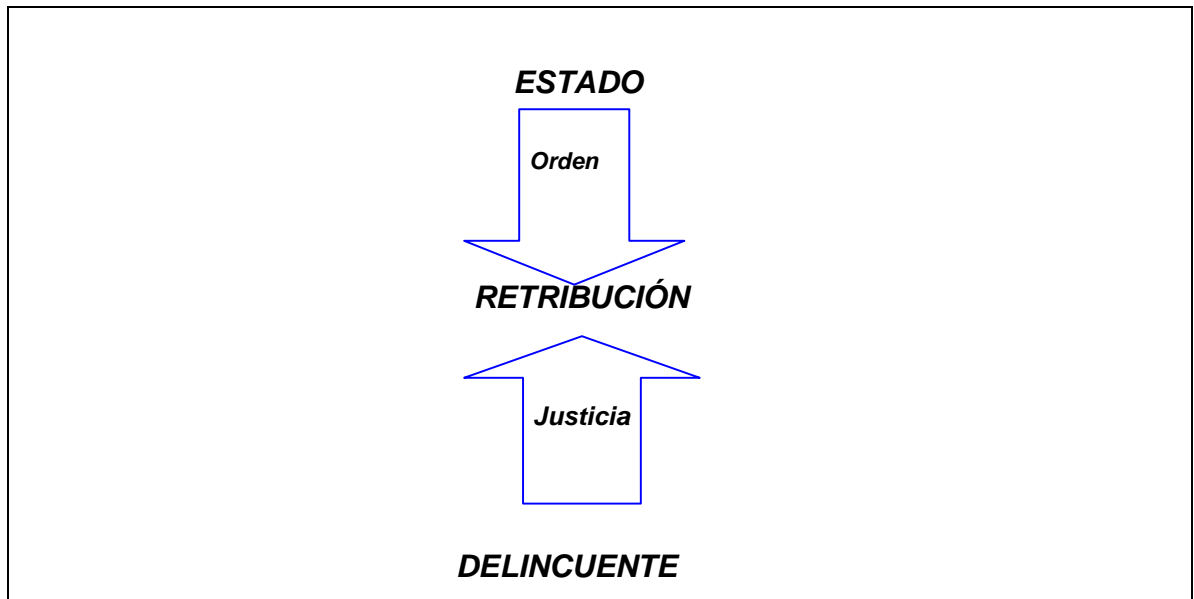
Para Kathleen Daly⁶⁹, *“la justicia restaurativa se caracteriza mejor, como una práctica que incorpora flexiblemente “ambos tipos”, - o sea, contiene elementos de justicia retributiva y justicia de rehabilitación - , pero al mismo tiempo, contiene varios elementos nuevos que le dan un sello restaurativo único. Específicamente, prácticas de justicia restaurativa, se enfocan en el delito y el delincuente; se preocupan en censurar comportamiento pasado y en cambiar comportamiento futuro; se preocupan por las sanciones o resultados que son proporcionales y también hacer las cosas bien, en casos individuales”*

Para la justicia penal, lo principal es determinar qué delito fue cometido, es decir si la conducta realizada por el delincuente, esta determinada en el ordenamiento jurídico, como punible. Y que la ley (código penal y demás leyes especiales que tipifican conductas como delitos) establecen una condena para esa conducta, de esta forma el Estado, aplica su poder en los administrados y mantiene el orden y la paz, entre los ciudadanos. Dejando por fuera a la víctima y a la sociedad.

⁶⁹ Mencionado por Van Ness Daniel. Op. Cit. 51

Figura 4.1

Esta figura ilustra cómo la justicia penal predominante en la mayoría de países a nivel mundial (Costa Rica no es la excepción), se enfoca exclusivamente en el delincuente y el Estado



El Estado busca establecer el orden a través de la aprobación y modificación de las leyes actuales. Considerando como se ha dicho, que la paz y la tranquilidad de los ciudadanos se logra por medio de la represión (seguridad ciudadana), en la que los ciudadanos no participamos. Debido a que el poder del Estado es tan grande (y aún más en esta materia, donde sólo la Asamblea Legislativa tiene la potestad de crear y modificar el ordenamiento jurídico existente en materia penal), los organismos internacionales se han preocupado, en establecer salvaguardas, que aseguren el respeto de los derechos fundamentales, en el proceso penal.

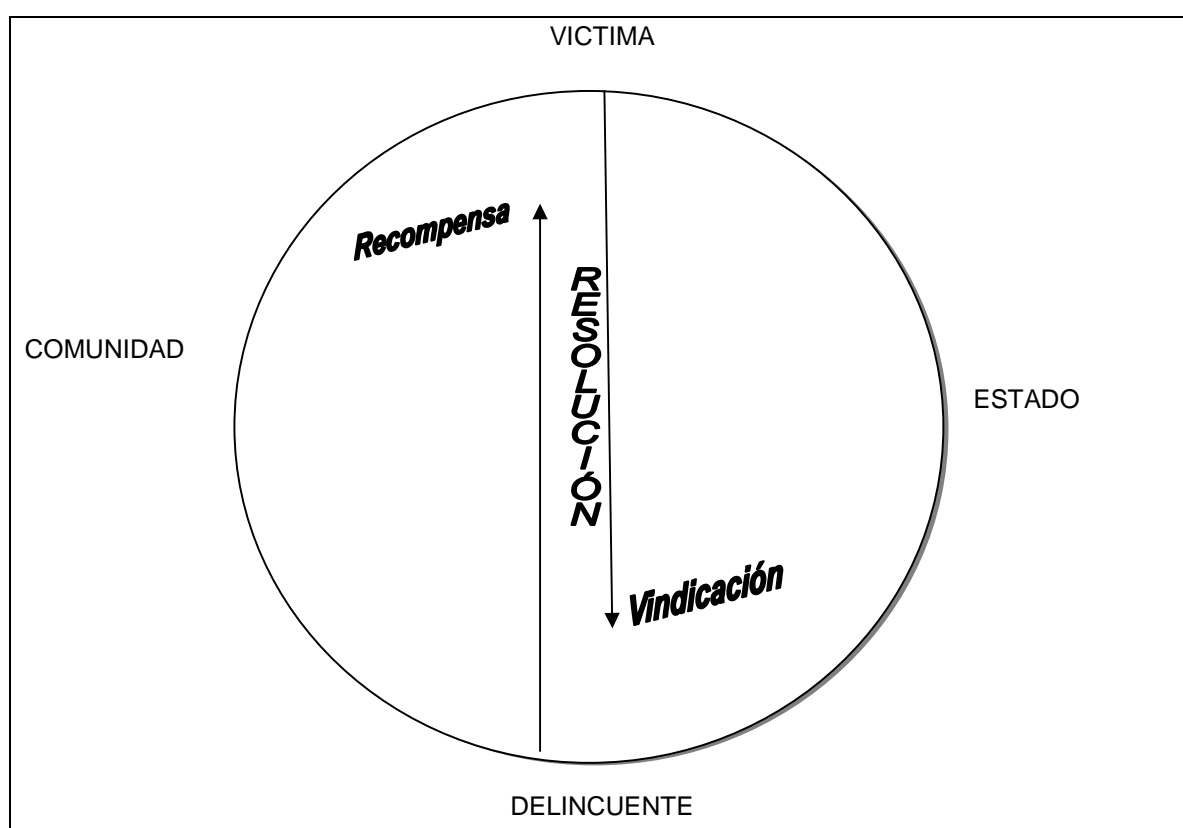
Igualmente, sobre el tratamiento de los delincuentes sancionados con penas privativas de libertad. Una consecuencia es que la postura del delincuente por lo general, en un sistema de justicia penal es defensiva, siempre buscando por medio de su defensa, convencer al juzgador de su inocencia, es decir que aunque haya

cometido el delito, busca como no hacerse responsable de su actuar y por otro lado el Estado, representado por el Ministerio Público desempeña un papel activo.

Los tribunales de justicia penal, se convierten en arenas de batalla en la que el Ministerio Público (Estado) se opone a los delincuentes (imputados), en una contienda por determinar si la ley se ha infringido, y de ser así, determinar el juez la sanción correspondiente. Queda claro que en este sistema la víctima no participa y mucho menos la comunidad.

Figura 4.2

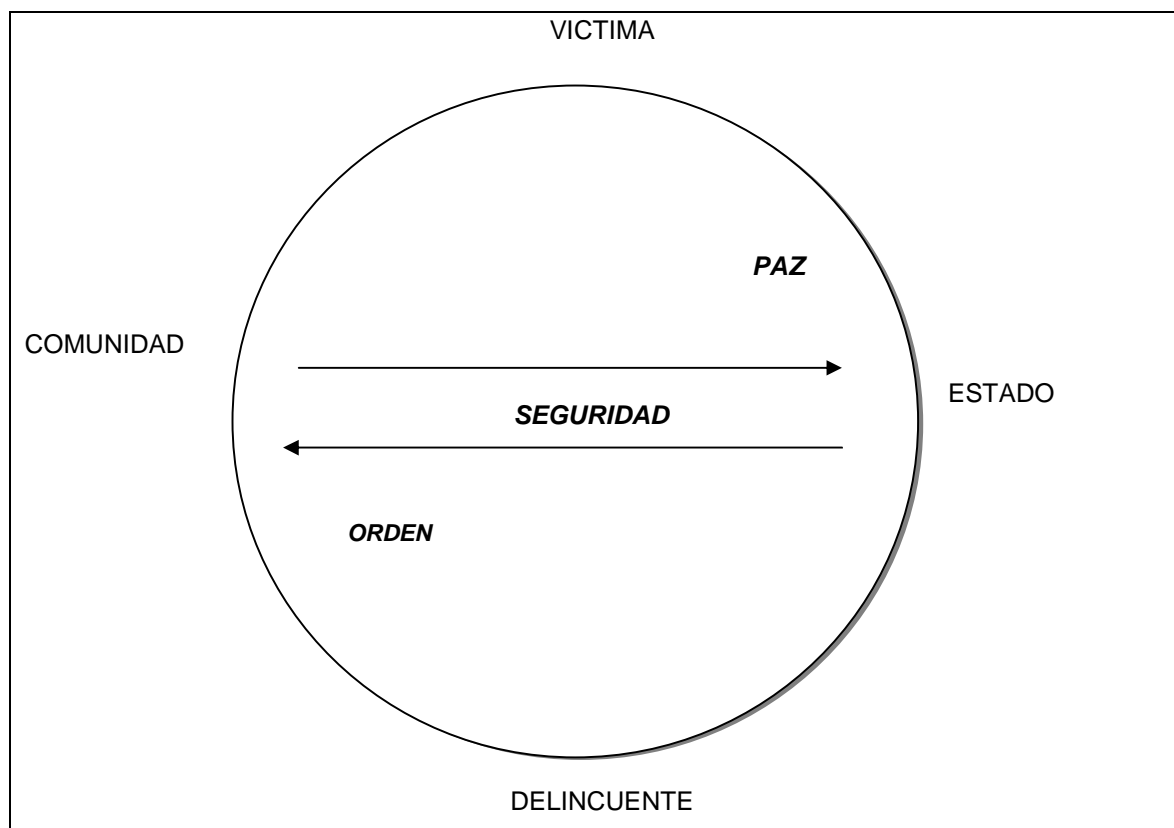
La figura 4.2, ilustra como la teoría de la Justicia Restaurativa, vuelve a la visión de que hay cuatro partes afectadas por el crimen: Víctima, delincuente, comunidad y Estado



Esta teoría, enfatiza que cada crimen involucra víctimas y delincuentes específicos, y que una meta del proceso de justicia penal debe ser ayudarles a llegar a una resolución, satisfactoria para todas las partes. En muchas ocasiones, vemos en los medios de comunicación a las víctimas de la criminalidad, pidiendo justicia al sistema judicial, creyendo que con sentenciar a un delincuente a prisión, se darán por satisfechos y esto porque el Estado (gobierno en este caso), hace pensar a la ciudadanía que con la cárcel, se resolverán todos los problemas de seguridad ciudadana y por ende las personas víctimas de la delincuencia, tienen en su corazón una sed de venganza, contra el o la delincuente que los agredió. Pero la resolución requiere que los derechos de las víctimas sean reivindicados, por medio de la exoneración de la responsabilidad, de las lesiones que han sufrido, así como también al recibir reparación para esas lesiones.

El delincuente debe dar recompensa para que haya una resolución completa. Recompensa y retribución son diferentes. Retribución se define como castigo o sanción merecida por el mal actuado. La definición subraya un aspecto importante de la respuesta por parte de la sociedad para delincuentes, pero también tiene dos defectos. Primero, la parte activa, el que castiga o sanciona es el Estado, a través de los tribunales de justicia, el delincuente es meramente un receptor pasivo de la sanción. Segundo, la sanción que no ayuda a reparar lesiones causadas por el crimen, simplemente crea nuevas lesiones; ahora, tanto como la víctima son lesionados. Por otro lado, recompensa, es algo que se da o se hace para reparar una lesión. Esto insiste, en que el delincuente que causa la lesión al bien jurídico tutelado, debe ser la parte activa, y que el fin de la sanción debe ser reparar tanto como sea posible, la lesión causada por el delito.

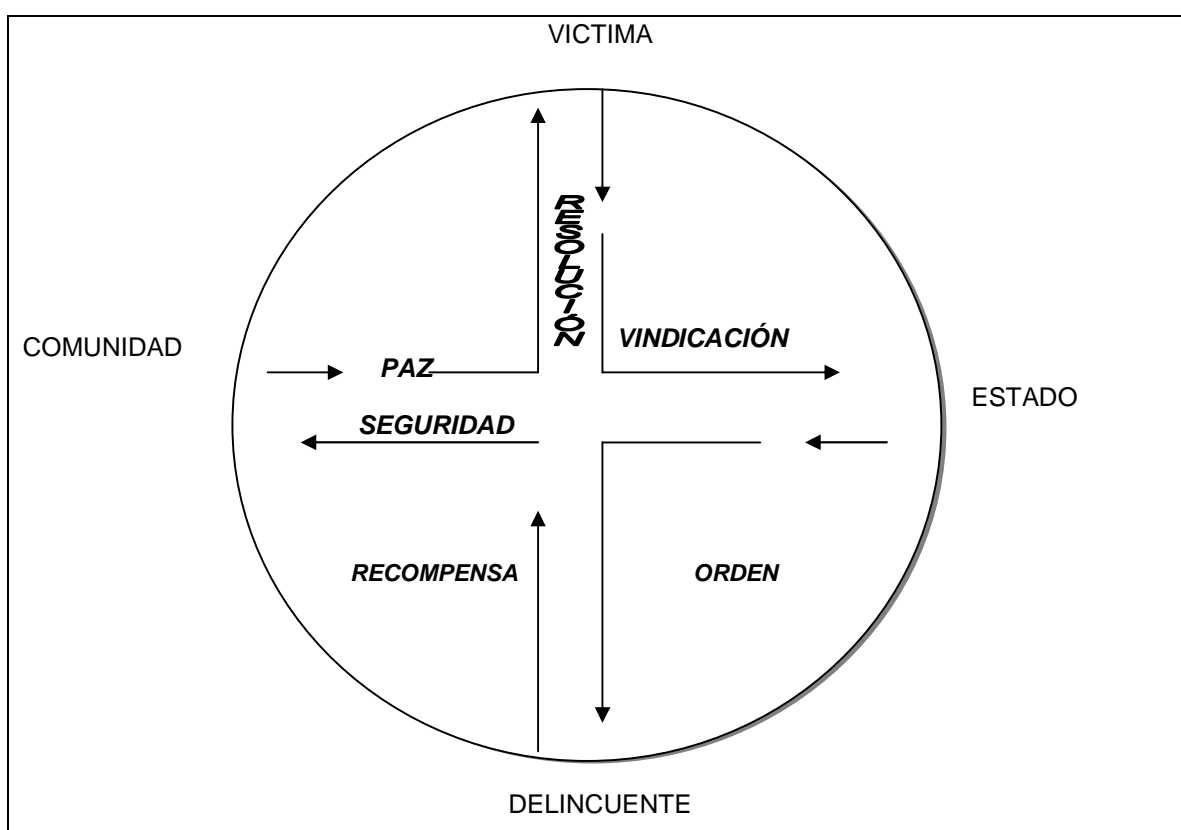
Figura 4.3



Si observamos con detenimiento la figura 4.2, ilustra de una forma “micro” la respuesta a la criminalidad, mientras, la figura 4.3, ilustra la “macro” respuesta a la prevención del delito. Sugiere los papeles que la teoría de la justicia restaurativa da al Estado y a la comunidad, al establecer la seguridad. La seguridad se obtiene en parte a través de un orden impuesto por el Estado, pero la comunidad debe contribuir a formar relaciones fuertes, estables y pacíficas entre sus miembros. La relación cooperativa entre Estado y comunidad, es la base para la prevención del crimen.

Al combinar las figuras 4.2 y 4.3, observamos que debemos considerar, tanto la micro como la macro respuestas en conjunto, debido a la relación entre ellas. La necesidad de resolución de la víctima y del delincuente, y la necesidad de seguridad pública del Estado y la Comunidad, deben ser tratadas en el mismo proceso (figura 4.4).

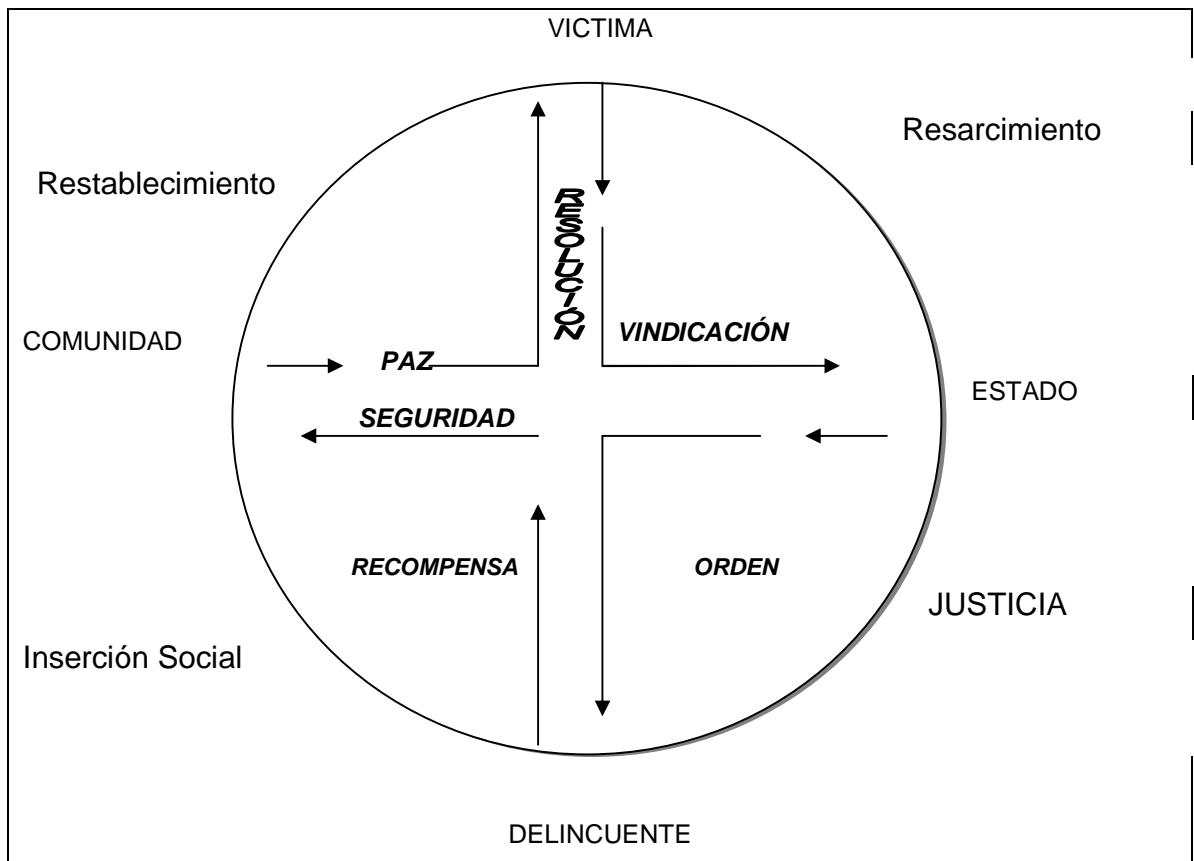
Figura 4.4



La figura 4.5, muestra las metas de la justicia restaurativa, que rigen la relación entre el Estado, víctimas individuales y delincuentes, así como la relación entre la comunidad y esos individuos. El Estado ayuda a restablecer el orden, al asegurarse que la reparación se haya dado. Esos facilitan la reparación para las víctimas, a través de la restitución y compensación, mientras confirma que los

delincuentes sean tratados con justicia. La comunidad, busca restaurar la paz entre las víctimas y delincuentes, y reintegrarlos por completo dentro de la comunidad. Para las víctimas, las metas pueden expresarse como restablecimiento, para los delincuentes, como inserción social.

Figura 4.5



Para Daniel Van Ness⁷⁰, "la construcción circular de las figuras, sugiere la dinámica y relaciones dependientes que son necesarias entre las partes, bajo una teoría de justicia restaurativa. Paz sin orden, es tan incompleta como recompensa sin vindicación; restablecimiento sin reparación, es tan inadecuada como la inserción social sin justicia. Una sociedad no puede seleccionar ciertos rasgos de un modelo y omitir otros; todos son esenciales. Esa misma comprensibilidad, es un

⁷⁰ Van Ness Daniel. Op. Cit. p 57

aspecto fundamental del patrón de pensamiento restaurativo sobre el crimen. La teoría de justicia restaurativa, busca dirigirse y equilibrar los derechos y responsabilidades de víctimas, delincuentes, comunidades y el Estado”.

La justicia penal, al conocer de un caso en que una persona ha sido víctima de la conducta criminal de otra persona, se hace los siguientes cuestionamientos: 1) ¿Qué ley se rompió?, es decir dentro de nuestro código penal, como se tipifica esa conducta, 2) ¿Quién lo hizo?, inmediatamente la persona actora del hecho punible, es presentado ante el Ministerio Público, para iniciar la investigación y 3) ¿Cómo castigaremos al ofensor?, después de terminada la parte investigativa, el Ministerio Público, procederá a la presentación de la acusación, ante la autoridad correspondiente y así determinar la sanción a imponer. En la justicia restaurativa se inicia de una forma diferente.

El legislador ha tipificado en el Código Penal y demás leyes especiales, todas aquellas conductas que considera reprochables y que vienen en perjuicio de la colectividad, siempre buscando el bien común. Si todos asumimos que las leyes son justas, entonces cuando una persona trasgrede o violenta esa ley, consideramos que comete un delito y causa un perjuicio a la colectividad.

La Justicia Restaurativa, se construye sobre la premisa fundamental de que el delito les causa un daño a las personas (afecta los bienes jurídicos de los ciudadanos), a las comunidades y aún aquellos que cometen los delitos.⁷¹ Entonces la finalidad de la JUSTICIA debería ser reparar los daños causados por la conducta del ofensor y hacer principalmente que este ofensor asuma la responsabilidad por el daño causado, comprometiéndose con la víctima a realizar cualquier tipo de corrección por su proceder delictivo.

⁷¹ CONAMAJ. Van Ness D. “**Justicia Restaurativa en Costa Rica**”. Editorial Gossestra Intl. 1ª ed. Poder Judicial. San José – Costa Rica. Pág. 37

“El enfoque de la justicia restaurativa es sobre la reparación a la víctima (cuando mira hacia el pasado al daño causado por la ofensa), la reintegración de la víctima y del ofensor (cuando mira hacia un futuro con menos crimen), y sobre las víctimas como persona directamente más dañada por la ofensa.”⁷²

Así como la justicia penal se responde algunas preguntas, cuando se comete una acción delictiva, la Justicia Restaurativa, según Zehr, se realiza las siguientes interrogantes: 1) ¿Cuál fue el daño?, a diferencia de la justicia penal, que se pregunta sobre la ley que se violentó, 2) ¿Qué es necesario hacer para reparar el daño causado?, al contrario de la justicia penal que impone una sanción al infractor, y 3) ¿Quién es responsable por reparar el daño?, se enfatiza aquí la necesidad de rendir cuentas y de reparar por parte del ofensor y tal vez de la comunidad también el daño. *Una respuesta justa es la que hace que las cosas queden bien.*⁷³

Es importante hacer notar que ambas teorías o filosofías tienen sus fortalezas y no se trata de ninguna manera que una sustituya a la otra. Tomemos en cuenta que el sistema de justicia penal, predominante en la mayoría de los países actualmente, surgió a través de siglos de desarrollo y tiene características importantes que no se deben abandonar, para citar una el respeto a los derechos fundamentales y constitucionales del imputado (por lo menos en el caso particular de Costa Rica), existiendo en muchos países de la región el irrespeto a esos derechos, llevándolos a consecuencias fatales, para el sistema de Estado de Derecho y la democracia del país.

En la siguiente tabla, se muestran claramente las diferencias entre una y otra teoría.

⁷² *Ibidem*

⁷³ *Op Cit. p.38*

Tabla 4.1.

JUSTICIA RETRIBUTIVA⁷⁴	JUSTICIA RESTAURATIVA
✓ Centra su análisis en la violación a la ley.	✓ Centra su análisis en la violación de las personas y de las relaciones
✓ Intenta defender la ley al determinar la culpa y decidir el castigo.	✓ Se propone defender a las víctimas al determinar el daño que ha sufrido y decidir las obligaciones que corresponden a los infractores con el fin de compensar dicho daño.
✓ El delito es la violación de la ley por tanto la justicia debe castigar	✓ Es una respuesta sistemática que enfrenta al delito.
✓ Se lleva a juicio a las personas sin saber si éstas son inocentes o culpables.	✓ Tiene que ser previsible.
✓ La víctima no está complacida con la sentencia.	✓ Las personas deben confiar en ella.
✓ Busca la reparación de la víctima.	✓ Hay participación de la víctima.
✓ Convoca al Estado y al infractor en un proceso formal de enjuiciamiento.	✓ Transformación de la relación entre Estado y comunidad.
✓ Busca que el transgresor este separado de su comunidad, con la privación de libertad.	✓ Busca alternativas a la pena de prisión, cuando exista viabilidad para hacerlo, a través de la reconciliación, restauración de la armonía y de convivencia.

La justicia penal aspira a una equidad general luchando por ser consiente en el castigo o reprensión de los delitos. Una meta difícil de cumplir, pero es una que la justicia penal toma en serio (por lo menos en la teoría).

⁷⁴ Finalidad de la pena, que trata de corresponder con el mal causado en la ley al causado por el delincuente.

4.2 Programas Restaurativos

En este apartado, se estudiarán los diferentes programas restaurativos alternativos a la pena de prisión e incluso dos de ellos que son aplicados a personas con sentencias firmes. Algunos de estos, son desarrollados en Costa Rica, por organizaciones no gubernamentales, capacitadas para tal fin. Antes de entrar a analizar los programas restaurativos, retomaremos las definiciones que la Organización de las Naciones Unidas, da a los programas de justicia restaurativa y a los procesos restaurativos.

4.2.1 Definiciones:⁷⁵

Programa de justicia restaurativa: se entiende todo evento que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.

Proceso restaurativo: se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se pueden incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.

Teniendo claros los anteriores conceptos, se facilitará para entender que la mediación entre víctima y delincuente, las reuniones restaurativas, los círculos, la asistencia a la víctima, la asistencia al ex privado de libertad, la restitución, el

⁷⁵ Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. 11ª período de sesiones. Viena 16 al 25 de abril del 2002. Tema 3 y 4 del programa provisional. Debate Temático sobre la Reforma del Sistema de Justicia Penal: logro de la eficacia y la equidad. Reglas y Normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal

servicio a la comunidad, las prisiones basadas en APAC y el Árbol Sicómoro, son programas de Justicia Restaurativa

4.3 Mediación Penal

Durante el desarrollo de este apartado, utilizaremos algunas definiciones acerca de la mediación, en las cuales analizaremos sus elementos y explicaremos lo que éstos significan. Se analizarán también los principios básicos de la mediación penal.

4.3.1 Definición

Antes de continuar, consideramos importante destacar que después de analizar algunas leyes en Costa Rica, encontramos que los procedimientos de mediación no están contemplados dentro de los textos legales, por lo que comenzaremos por dar una de las pocas definiciones legales de la mediación. Dicha definición la encontramos en la Ley 7727 del 09 de diciembre del año 1997, llamada Ley sobre la Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, que si bien es cierto no define directamente la mediación, la presente ley habla en su capítulo II de la Conciliación y Medición. Debe quedar claro que esta ley no autoriza la utilización de la mediación en los procesos penales.

Artículo 4.- Aplicación de principios y reglas. *Los principios y las reglas establecidas para la conciliación judicial o extrajudicial se aplicarán, igualmente, a la mediación judicial o extrajudicial.*

Artículo 5.- Libertad para mediación y conciliación. *La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley.*

Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo con las personas que fungirán como mediadores o conciliadores.⁷⁶

⁷⁶ Ley sobre resolución alternativa de conflictos y promoción de la paz social. 4ªed. San José – Costa Rica. EDITEC EDITORES. 2005. Pág. 7.

Como podemos ver, se contempla el hecho de utilizar la mediación y proporcionar mediadores para que ayude a las partes a solucionar conflictos. Sin embargo, la norma antes transcrita, limita la mediación a los procesos penales, incluso la conciliación utilizada en sede penal, no se puede considerar como un proceso de justicia restaurativa, misma que se analizará más adelante.

En la justicia restaurativa, la mediación entre la víctima y el agresor, los círculos, las reuniones restaurativas y otros, son ejemplos de procesos que funcionan con base en los principios y prácticas de la Resolución Alternativa de Conflictos. (RAC).

Generalmente se entiende por mediación un proceso informal en el cual una tercera persona, parte objetiva, o varias partes más, facilita o facilitan la comunicación entre las partes en conflicto, ayudándoles a alcanzar acuerdos mutuamente, aceptables para resolver el problema. El proceso es voluntario y usualmente confidencial.

Como proceso componente de la justicia restaurativa, la mediación debe definirse en el contexto de la transformación. Las comunidades pueden adaptar el proceso de la mediación, de manera que refleje las necesidades y valores locales. Según la manera como se usa el término “mediación” en esta investigación, es más que un mero proceso. También describe una actitud que valora el conflicto como oportunidad para mejorar las relaciones. En un enfoque de las relaciones y la comunicación que nos pide adquirir algún grado de desapego, aceptar cada punto de vista como válido para su exponente, reconocer nuestras diferencias y similitudes y negociar acuerdos aceptables por todas las partes involucradas, en vez de emprender ataques y defender una posición personal, lo que entraba el proceso en una lucha de adversarios. Este enfoque nos obliga a usar nuestras aptitudes para escuchar objetivamente, dar reconocimiento, desapegarnos y

abstenernos de juzgar. Los mediadores y los facilitadores de los procesos grupales aprenden a ayudar a las personas para que vean las cosas desde nuevas perspectivas, a descubrir causas que se fundamentan en la raíz de los problemas, a negociar la verdadera naturaleza de sus diferencias y a encontrar soluciones mutuamente aceptables para las diferencias que tienen entre sí.

4.3.2 Mediación entre víctima y delincuente

Para Cynthia Olson⁷⁷, *“la mediación entre víctima y el delincuente es un proceso en que la víctima y el delincuente se encuentran frente a frente en presencia de un mediador capacitado que, en la mayor parte de los casos, es un voluntario de la comunidad”*. Tomando en cuenta que en legislaciones como la mexicana, si se da la mediación entre víctima y ofensor. En este mismo punto el Centro de Justicia y Reconciliación, de la Confraternidad Carcelaria Internacional⁷⁸, la define como sigue *“Este es un proceso que provee una oportunidad a la víctima interesada de reunirse con el infractor en un escenario seguro y estructurado, enfrentándose en una discusión del delito con la asistencia de un mediador entrenado. Los objetivos de la mediación víctima e infractor incluyen: permitir a la víctima reunirse con el infractor sobre la base de propia voluntad, animando al infractor a comprender sobre el impacto del crimen y tomar responsabilidad del daño resultante, y proporcionando a la víctima y al infractor la oportunidad de desarrollar un plan para tratar el daño”*. Si combinamos ambas definiciones podemos decir que la mediación entre víctima y delincuente, es un proceso voluntario, donde se busca que los implicados en una conducta criminal, puedan exponer sus criterios y buscar una solución (cuando sea posible) al conflicto, todo

⁷⁷ Directora del Centro de Mediación de Albuquerque, Nuevo México. Traducción del original en inglés por Orlando García Valverde, Interidiom, Costa Rica. Ponencia Aplicando la Mediación y los Procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa. Seminario Construyendo la Justicia Restaurativa en América Latina. Heredia – Costa Rica. Setiembre, 2005. Disponible www.justiciarestaurativa.org

⁷⁸ www.pfi.org

mediante la asistencia de personal capacitado. Conforme la víctima y el ofensor van discutiendo el incidente y sus impactos, la víctima puede hacer preguntas y recibir información, así como expresar sus sentimientos al respecto. Las víctimas adquieren la sensación de que el incidente está llegando a una conclusión, al liberar su ira u otras emociones.

En este programa de justicia restaurativa el delincuente ve a su víctima como una persona a la cual causó un daño, no simplemente como una blanco al azar. Tienen la oportunidad de asumir su responsabilidad, reducir la perjudicial vergüenza y restituir, con lo cual frecuentemente se evita el encarcelamiento.

Según Cinthya Olson⁷⁹, *“después de una sesión, muchas víctimas descubren que el proceso en sí ha satisfecho muchas de sus necesidades, y la restitución de hace menos importante para ellas de lo que era antes de la mediación. El enfrentamiento con el delincuente en un ambiente seguro, controlado y propiciador de la fuerza necesaria, les ha permitido expresar muchos pensamientos y sentimientos que es necesario exteriorizar para que se produzca una curación. La restauración se hace más importante que el castigo. Las víctimas a menudo se sienten cómodas recomendando el servicio comunitario, no la cárcel, como parte del plan de restitución. Los delincuentes aprenden que sus acciones han tenido un impacto real en gente real y frecuentemente sienten arrepentimiento y un deseo de cambiar”*.

La mediación penal realizada en los países donde el ordenamiento jurídico lo permite, se hace por lo general en casos penales de menor grado, como los delitos contra la propiedad e incluso las infracciones a la ley de psicotrópicos, pero de menor grado. En Argentina incluso han mediado en casos de homicidios, igualmente en Chile. Estos procesos de mediación se han realizado tanto con personas mayores de edad, como en la Justicia Penal Juvenil, según el país.

⁷⁹ *Ibíd*em

El proceso para realizar la mediación es el siguiente: El mediador se reúne con la víctima y con el ofensor o actor del acto delictivo por separado, antes de su sesión conjunta, con el objetivo de explicar el proceso y los papeles de la partes en la mediación, prepara a cada persona en el uso de una comunicación eficaz y aclara suposiciones y expectativas. El proceso es voluntario, como se dijo anteriormente y la comunicación es de doble vía, tanto la víctima como el agresor deben estar dispuestos a participar activamente y estar capacitados para ello. Es importante mencionar que el mediador, no debe tomar partido con ninguna de las partes, debe ser imparcial en todo momento.

4.3.3 Principios de la mediación penal

Si bien los procesos de mediación penal y de la mediación desarrollada en otras áreas del derecho privado como el civil y el familiar son muy similares, existen ciertas diferencias importantes entre una y otra. Entre los aspectos comunes más relevantes, se encuentra el que el mediador debe ser un “tercero” neutral al conflicto, que trate a las partes con imparcialidad y que no imponga un acuerdo sino que permita que sean las propias partes quienes construyan la solución a su conflicto.

En cuanto a sus diferencias, tal vez una de las diferencias fundamentales consiste en que la mediación civil y/o familiar trata básicamente de la negociación y/o conciliación de intereses y necesidades de las partes. En cambio, la mediación penal, si bien incluye el elemento de negociación de intereses, parte de una premisa totalmente distinta, por cuanto requiere del reconocimiento por parte del infractor o autor de que éste ha cometido una **injusticia** en contra de la víctima. Es decir, la mediación penal, que en algunos programas está vinculada al objetivo de reconciliación de las relaciones personales entre las partes (los Programas de Reconciliación Víctima/Infractor – VORP, desarrollados en Canadá y Estados

Unidos)⁸⁰ requiere del reconocimiento por parte del autor, de los hechos materia de la imputación, así como también, de su reconocimiento de haber cometido un hecho que ha causado un daño o perjuicio a una víctima real y concreta. La mediación penal opera sobre la base del reconocimiento de la condición de víctima que afecta a una de las partes en el conflicto.

Así, se podría decir que en la mediación penal existe un juicio de “denuncia” que es condición de la celebración de cualquier acuerdo entre las partes, lo cual no encuentra un equivalente dentro de la mediación civil o familiar.

Finalmente, si bien ambas formas de mediación comparten principios similares, como el de voluntariedad y confidencialidad, existen ciertos matices en la aplicación de estos principios en una y otra área. A continuación se analizarán algunos de estos principios desarrollados por la Licda. Alejandra Díaz Gude. PhD in Law, University of Leeds, Inglaterra. Abogada de la División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional. Santiago – Chile.⁸¹

4.3.3.1 Principio de Voluntariedad

Uno de los principios fundamentales de la mediación es el de la voluntariedad de la participación de las partes en el proceso penal. Sin embargo, se ha señalado que la participación voluntaria, en particular respecto del imputado, no es posible en la mediación penal, por el contexto coercitivo en que ella se desarrolla. En efecto, la amenaza de la persecución penal que subyace a una oferta de mediación en sede penal, haría discutible la afirmación de que la participación del imputado en la misma es voluntaria. Sin embargo, en lo que

⁸⁰ Mencionado por Alejandra Díaz Gude. *Ponencia sobre Justicia Restaurativa (mediación penal) III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos, CEJA – JSCA. La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios. Santiago Chile.*

⁸¹ *Ponencia sobre Justicia Restaurativa (mediación penal) III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos, CEJA – JSCA. La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios. Santiago Chile.*

respecta a la mediación penal, este principio se ha ido matizando en la práctica y la teoría de las jurisdicciones comparadas en donde ésta se ha desarrollado (fundamentalmente Estados Unidos y Europa), frente al reconocimiento por parte de diversos autores, de que no es posible exigir el mismo grado de voluntariedad pura que se da en la mediación civil o familiar para el caso de la mediación penal.

Lo anterior es así, por cuanto muchos de los programas de mediación penal que se han implementado en diversos países del mundo, operan en contacto directo con las agencias de justicia formal (policía, fiscalía y tribunales) y dependen de estas agencias, ya sea para la derivación de causas, como para el financiamiento de los casos. Por ello, se ha llegado a afirmar que el tipo de voluntariedad que se requiere, especialmente respecto de la participación del imputado que es respecto de quien esta voluntariedad se ve más afectada, es una “voluntad relativa”. Es decir, que lo importante es que el imputado tenga efectivamente una opción: sea de ir a juicio o de ir a un proceso de mediación, y que esta opción no se vea afectada por presiones ilegítimas sobre el imputado con el fin de obtener su participación en el proceso de mediación.

Sin embargo, el debate y conflicto en torno al problema de la voluntariedad de la participación del imputado en la mediación penal no ha sido totalmente zanjado, y existen una serie de programas en el Derecho Comparado que han implementado mecanismos a fin de resguardar el principio de voluntariedad. Así por ejemplo, en algunos programas se establece la posibilidad de que una vez que el imputado ha aceptado participar en el proceso de mediación, el caso se desestime por parte del fiscal o de la policía, independientemente de si se produce o no un acuerdo.

4.3.3.2 Principio de Confidencialidad

El principio de confidencialidad es otro de los principios esenciales en la mediación, ya que permite que las partes puedan hablar libremente acerca de los hechos, expresar sus sentimientos, y plantear sus intereses y necesidades en un ambiente de confianza y respeto mutuos. El problema de la observancia del principio de confidencialidad, se plantea no sólo si es el fiscal quien hace las veces de mediador, sino que respecto de cualquier mediador, ya que es necesario, y así lo hacen varias legislaciones de otros países, que exista una especial protección legal para asegurar el secreto de las discusiones que tengan lugar dentro del proceso de mediación.

4.3.3.3 Principio de Imparcialidad

Este principio suscita interesantes interrogantes en la mediación penal, debido a que en muchas ocasiones, ésta se desarrolla al interior de agencias de justicia penal y/o por actores del sistema penal, los cuales, al estar orientados hacia los intereses propios del sistema de persecución penal en su conjunto, no estarían en condiciones de dar cabal cumplimiento al principio de imparcialidad. En Francia, por ejemplo, los fiscales y algunos jueces retirados actúan como mediadores en algunos casos. En Inglaterra, existen programas de mediación al interior de las propias policías.

En el caso de Chile, el problema de que los fiscales actúen como mediadores en el proceso penal se encontraría zanjado, como se vio, a través del Instructivo del Fiscal Nacional N°34, el cual prohíbe expresamente a los fiscales conducir procesos de mediación. Una de las razones que se tuvo en cuenta para establecer dicha prohibición fue precisamente la de salvaguardar el principio de imparcialidad de la mediación. Además de dicho fundamento recogido por el Oficio, cabe señalar un argumento adicional en apoyo de esta postura, cual es que los fiscales, en

general, carecen de preparación en destrezas de mediación, estando entrenados en las destrezas de litigación que requieren los procesos adversariales.

4.4 Círculos Restaurativos

Otro programa restaurativo son los círculos, de los cuales se dará una definición y además se abordarán sus elementos y la descripción de su operacionalidad en la práctica.

4.4.1 Definición

El círculo es un proceso de justicia restaurativa que reúne a personas que desean resolver un conflicto, reconstruir vínculos, sanar, brindar apoyo, tomar decisiones o realizar otras acciones en las cuales la comunicación honesta, el desarrollo de los vínculos y el fortalecimiento comunitario son parte esencial de los resultados esperados.⁸²

Los círculos presentan una alternativa a los procesos comúnmente utilizados para resolver conflictos y relacionarse, los cuales muchas veces se fundan en la jerarquía y aplican enfoques bidimensionales, como el ganar – perder, víctima – liberador, inclusión – exclusión, blanco – negro.

Aunque los círculos tienen su origen en las tradiciones nativas y aborígenes de Nueva Zelanda y Norte América (Estados Unidos y Canadá) principalmente, también son comunes de la mayoría de las comunidades indígenas alrededor del mundo. Este proceso de resolución de conflicto, congrega a las personas de manera tal que se genera confianza, respeto, intimidad, buena voluntad, sentido de pertenencia, generosidad, solidaridad y reciprocidad entre ellas. Es un proceso que

⁸² Key Pranis. CONAMAJ. *Manual para Facilitadores de Círculos. Traducción. Sara Castillo. San José Costa Rica – 2006. Pág. 7*

no trata de cambiar a los otros, siendo más bien una invitación para cambiar uno mismo y su relación con la comunidad.

Los círculos tienen mecanismos para crear un espacio “sagrado” que derriba las barreras entre las personas, abriéndoles nuevas posibilidades de relacionarse, de colaborar y de comprenderse mutuamente. Según Kay Pranis, el éxito estriba en que reúne a las personas de una manera que les permite verse unas a otras como seres humanos y dialogar sobre los asuntos que les son propios. Por medio de los círculos comprendemos que, aún cuando creíamos que no tenemos nada en común y a pesar de nuestras diferencias, somos capaces de comprometernos con una visión compartida. Es sobre esta base que los círculos logran sus cometidos.⁸³

4.4.2 Descripción

Al igual que con los procesos restaurativos de mediación y Reuniones de restauración, los círculos ofrecen un encuentro entre la víctima y el delincuente, pero va más allá de eso involucrando a la comunidad en el proceso de toma de decisiones. Dependiendo del modelo que esté siendo empleado, los miembros de la comunidad que participan pueden ser desde personal del sistema judicial, hasta cualquier miembro de la comunidad interesado en el delito. Todos allí presentes, la víctima y su familia, el delincuente y su familia, y los representantes de la comunidad tienen derecho a expresarse durante el proceso. En general, los participantes se expresan a medida que se pasa alrededor del círculo un objeto que concede la palabra a quien lo tiene en sus manos.

El proceso es impulsado por valores. Primordialmente, se encuentra diseñado para lograr sanación y entendimiento tanto en la víctima, como en el delincuente. El hecho de facultar a la comunidad, que se involucra en la decisión de qué debe hacerse en ese caso en particular, abordando también los problemas

⁸³ *Ibídem. Pág.8*

subyacentes que pueden haber conducido al delito, refuerza la sanación como meta. A fin de lograr esto, el proceso del círculo se desarrolla a partir de los siguientes valores: el respeto, la honestidad, el escuchar, la verdad y el compartir.

La participación en el círculo es voluntaria. La víctima debe decidir participar sin ningún tipo de coerción. El delincuente asume su culpa en la cuestión y accede a ser enviado al círculo. Especialmente en las comunidades nativas, es importante que el delincuente posea raíces arraigadas en la comunidad. Cada círculo cuenta con un líder, que dirige el movimiento del objeto que se usa para determinar quién tendrá la palabra. Sólo la persona que tiene el objeto está autorizada a hablar, asegurando así que cada persona tenga la oportunidad de ser escuchada.

A medida que el objeto pasa por el círculo, el grupo debate diferentes temas. Al hablar acerca del delito, los participantes expresan cómo se sienten al respecto. El delincuente expresa, además, por qué cometió el delito. El círculo ofrece a la víctima y los miembros de la comunidad que participan la posibilidad de explicar el impacto que el delito tuvo económica, física y emocionalmente. A través de este proceso, los participantes son capaces de desarrollar una estrategia para abordar el delito (es decir, restitución o servicio comunitario) y las causas del mismo.

4.4.3 Elementos

Si bien los círculos varían de un lugar a otro y de acuerdo con la adaptación que se haga a la cultura del mismo, involucran un complejo proceso que consta de múltiples etapas. En general, en la primera etapa, el delincuente debe solicitar ir al círculo. Varios factores se consideran importantes en ese momento, tales como el deseo de cambio, la contribución a la comunidad y el sistema de contención.

Cuando se traslada un caso al círculo de sentencia, delinciente y víctima son preparados. Esto se hace informando a ambos acerca de lo que ocurrirá en el círculo, escuchando las experiencias que tanto víctima como delinciente han tenido, e informándoles quienes participarán en el círculo.

En muchos lugares, hay una serie de círculos para la resolución de problemas particulares. Después de que el delinciente solicita ser enviado al círculo, se realizan círculos de sanación separados para víctima y delinciente. Después de los círculos de sanación, un círculo de sentencia determina el tipo de respuesta que se espera del delinciente, si bien también puede incluir compromisos por parte de la justicia, comunidad y miembros de la familia involucrados. La etapa final consiste en círculos de apoyo que monitorean el progreso del plan de acción.

4.4.4 Rueda de la Medicina

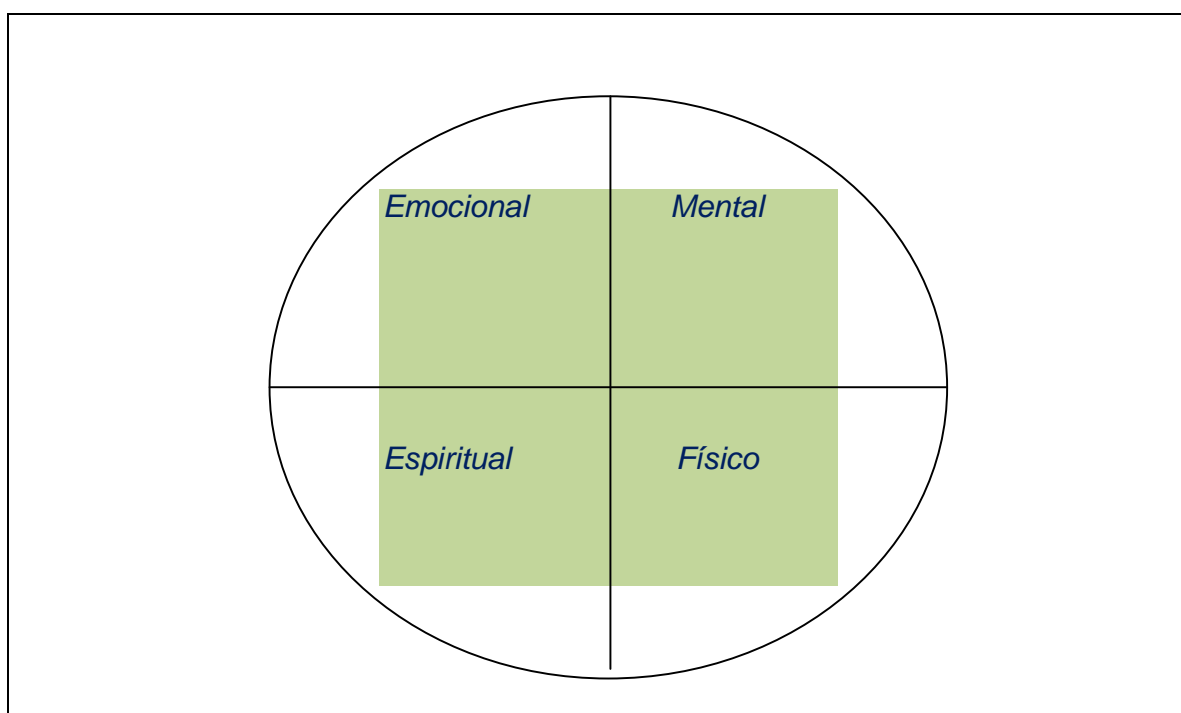
Para la especialista en círculos, Key Pranis⁸⁴, *“la rueda de la medicina es un símbolo ancestral y poderoso del universo. Por medio de sus partes, el círculo demuestra como la diversidad y la unidad se integran equilibradamente. Cada parte simboliza un aspecto de la vida, una etapa del desarrollo o un conjunto de cualidades. Se requieren todas las partes para que el círculo esté completo. Ningún aspecto es más o menos importante que los logros y cada uno merece un lugar especial en nuestras vidas”*.

Cuando se trabaja en círculo, los procesos se basan en las lecciones que se han aprendido de la rueda de la medicina, la cual sugiere que hay cuatro componentes en la salud de las personas y de las comunidades: físico, mental,

⁸⁴ Key Pranis. *Op. Cit.* Pág. 12

emocional y espiritual. Estos componentes se asocian con las etapas del desarrollo humano (figura 4.6) ⁸⁵

Figura 4.6. Rueda de la medicina



La Rueda de la medicina, funciona de la siguiente forma: En la parte **mental** se ubican las funciones de analizar y sintetizar la información, la autoreflexión y el reconocimiento de intereses, necesidades y diferencias. La parte **física**, distingue el lenguaje corporal, cuida las necesidades físicas y del grupo. En la parte **espiritual** se ubican los valores que dirigen el comportamiento, conectado con lo esencial. En la **emocional**, los sentimientos y cómo son expresados. Todas las anteriores son de suma importancia en el proceso de círculos.

⁸⁵ *Ibíd.* p. 13

4.4.5 Efectividad

En general, los pocos estudios que se han realizado de la efectividad de los círculos de sentencia han demostrado resultados positivos. En el estudio de Minnesota⁸⁶, los entrevistados consideraron como una característica importante del círculo el mayor vínculo entre los miembros de la comunidad. En líneas generales, se piensa que se trata de un proceso justo, dado que permite a cada persona expresarse y todos trabajan conjuntamente a fin de encontrar una solución. Hubo reservas con respecto a la duración del proceso y la necesidad de una mayor preparación de los participantes. En general, el proceso es considerado como un buen modo de desarrollar relaciones y fortalecer la comunidad.

4.5 Restitución y Servicio Comunitario (Apoyo a la Víctima)

Los tres programas antes mencionados, son restaurativos en la medida que sean adoptados por las deferentes legislaciones nacionales. Lo anterior por cuanto en la mayoría de los casos, la imposición de una medida alternativa a la prisión, como es el trabajo comunitario es en beneficio del delincuente, sin que este concientice el daño causado a la víctima e incluso a la comunidad. Además en el caso particular de Costa Rica se delega la supervisión del cumplimiento de esta sanción a la Dirección General de Adaptación, por medio de la Oficina de Medidas Alternativas, quienes no se apersonan al lugar en que se realizará el trabajo comunitario y la supervisión se realiza desde el escritorio. Para los expertos en Justicia Restaurativa, estos programas pueden definirse como potencialmente restaurativos, siempre que se basen en los principios filosóficos y fundamentales de la justicia restaurativa.

⁸⁶ Mencionado por Llanos R. Op. Cit. 121

La restitución consiste en que el delincuente le reintegre a la víctima lo que ésta haya perdido, ya sea mediante pagos en efectivo, la devolución o sustitución de los bienes, o en su defecto la prestación de servicios directos a la víctima. La restitución puede ser impuesta por los juzgados o tribunales penales. En tales casos, el carácter restaurativo de la restitución se circunscribe a la reparación del daño sufrido por la víctima, lo que por supuesto es beneficioso en si mismo. Sin embargo, en estas circunstancias no existen posibilidades de explicar, exponer, pedir disculpas u otras interacciones entre las partes. Por lo tanto, para que la restitución tenga un máximo efecto restaurativo, debe surgir de un proceso restaurativo, como la mediación, el círculo o la reunión restaurativa.

El Servicio Comunitario es igual, ya que mediante éste, el infractor presta servicios gratuitos al gobierno o a una institución de bienestar social, como parte de la sentencia. El servicio comunitario puede imponerse de igual forma que la restitución, por medio de los juzgados y tribunales penales. En algunos países donde se utiliza este tipo de figura o programa, se exige al delincuente que tenga una relación mínima con el delito o el daño infligido. Cuando se utiliza de esta forma, equivale prácticamente a una sanción retributiva cuyos efectos restaurativos son mínimos o inexistentes. No obstante, también el servicio comunitario dictaminado de esta forma pudiera tener un efecto restaurativo, siempre y cuando se programe de tal forma que el trabajo en cuestión se relacione con el perjuicio causado y represente algún beneficio para la víctima.

4.5.1 Elementos característicos trabajo comunitario⁸⁷

El Dr. Álvaro Burgos Mata⁸⁸, en su obra “El Trabajo en Beneficio de la Comunidad como Alternativa de Prisión”, establece muy claramente las

⁸⁷ Burgos M. Álvaro. “El Trabajo en Beneficio de la Comunidad como Alternativa de Prisión” 1ª ed. Editorial Sapiencia. San José – Costa Rica. Pág. 53

⁸⁸ Álvaro Burgos Mata ha realizado estudios Doctorales en Derecho Penal y Criminología, tanto en España como en Costa Rica, cuenta con una Maestría en Psicología Criminal del John Jay College

características del trabajo a favor de la comunidad, de ahí que a continuación se citará en forma textual lo expresado por el Dr. Burgos, en su obra literaria “El Trabajo en Beneficio de la Comunidad como Alternativa de Prisión”

4.5.1.1 Labor de interés general.

La actividad que se realiza como Trabajo en Beneficio de la Comunidad debe revertir en un verdadero beneficio de la comunidad, siendo considerada de “utilidad pública”, lo cual implica que algún sector de la sociedad o la comunidad como un todo se verá afectada positivamente por medio de la labor que se efectúa.

4.5.1.2 Actividad no retributiva

Otro de los requisitos para la aplicación del Trabajo en Beneficio de la Comunidad es que la labor sea no retributiva. Esta gratitud, deviene del mismo carácter sancionatorio de la medida.⁸⁹ En casos como el español, considera que quién proporcione este tipo de sanción, la entidad beneficiada debe proveer los gastos mínimos para viáticos.

Lo anterior deja entrever la necesidad de la existencia de una coordinación eficiente entre la Administración y la entidad requirente del trabajo por realizarse, pero en todo caso somos del criterio de que si no se persigue un interés de lucro y la entidad contactada requiere de ayuda económica para sufragar los gastos antes mencionados, los mismos le deberían ser proveídos al penado por el Estado.

of Criminal Justice, NY, USA, una Especialización en Ciencias Penales del SEP, UCR, una Licenciatura en Derecho de la UCR y un Bachillerato en Ciencia Criminológicas de la UNED.

⁸⁹ Mencionado por Burgos Mata A. *Op. Cit.* Pág. 56. Martín Granizo “La Influencia del Trabajo en la Historia” Editorial Nueva Luz. Madrid, 1948, pág. 12.

4.5.1.3 Voluntariedad

Resulta de vital importancia tener claro lo establecido en el artículo 40, perteneciente al Título IV de los Derechos y Garantías Individuales, Capítulo Único, el cual dice de forma clara y tajante “*Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación...*”⁹⁰ Y más adelante en su numeral 56 Título V, de los Derechos y Garantías Sociales: “*El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad a la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho a la libre elección de trabajo*”⁹¹. Como condición *sine quanon* para la procedencia de la actividad laboral en beneficio de la comunidad, por parte del penado, su incorporación debe ser bajo su plena voluntad, sin la existencia de vicio alguno sobre la misma, pues en caso contrario no sólo atentaría contra un derecho de rango constitucional, sino inclusive un derecho humano consagrado en los diferentes tratados y convenios internacionales ratificados por nuestro país.

El consentimiento se considera tácitamente otorgado cuando es el mismo sujeto quien promueve el otorgamiento del Trabajo en Beneficio de la Comunidad específico. Pero es claro, que aún en aquellos casos en que el sentenciado hubiese consentido inicialmente en su participación en algún Trabajo en Beneficio de la Comunidad, luego, una vez de haberse determinado cual sería eventualmente su labor, o incluso ya habiéndolo iniciado, podría en cualquier momento no continuar con el mismo y solicitar otro tipo de trabajo, o bien, simplemente aferrarse a su derecho de cumplir la pena por medio de la mera

⁹⁰ Costa Rica, *Constitución Política, 1949. Constitución Política de la República de Costa Rica. Ley de iniciativa popular. 29 ed. San José – Costa Rica. Editorial IJSA, enero 2008. Pág. 19*

⁹¹ *Ibídem. Pág. 22*

privación de libertad, o de otro substitutivo de la misma cuando procediere en derecho dicha alternativa.

4.5.1.4 Respeto a la dignidad del penado

Como se expuso en el punto anterior, para que se pueda hablar de la procedencia del trabajo en beneficio de la comunidad por parte del sujeto sancionado penalmente, resulta seriamente vinculante el respeto absoluto a sus características personales, como serían su sexo, su edad, sus creencias religiosas o de culto, y en general sus aptitudes individuales; ya que en caso contrario se presentaría una falta de correlación entre el proyecto específico o labor concreta que se imponga y la capacidad de asumirla, con la inevitable consecuencia doble: la frustración del penado por algo que nunca pidió y que no tuvo probablemente responsabilidad; y el fracaso de un programa o instituto por su falta de visión.

4.5.2 Necesidades de la Víctima

Los programas de asistencia a víctimas brindan servicios a éstas a medida que se recuperan del delito infringido contra ellas y avanzan en el proceso de justicia penal. Los esfuerzos por satisfacer las necesidades de las víctimas se han realizado en dos frentes: el grupo de presión de los defensores de los derechos de las víctimas, apunta al ejercicio del derecho que poseen éstas a desempeñar un rol preponderante en la administración de justicia, en tanto que los grupos comunitarios de contención abordan las crisis personales que puedan surgir como consecuencia de la victimización.

4.5.2.1 Intenciones

Se ha sugerido que los programas de asistencia a víctimas apuntan a una serie de propósitos: brindar representación legal a las víctimas del delito, de modo tal que no sean victimizadas nuevamente por el abandono que el sistema hace respecto de ellas; satisfacer las necesidades físicas y psicológicas de la víctima; y, en última instancia, otorgar a las víctimas la posibilidad de tener una buena reintegración en la sociedad como individuos que se han recuperado.

4.5.2.2 Implementación y Efectividad

Los defensores de los derechos de las víctimas reconocen un conflicto de intereses que, según afirman, surge cuando el fiscal afirma representar tanto al Estado como a la víctima. Esto ha dado lugar a la aparición del campo de la representación de víctimas del delito. Un ejemplo común, el Estado puede ofrecer una negociación al delincuente que sea inaceptable para la víctima, pero la víctima no posee injerencia alguna en la decisión. Es más, el delincuente puede ser castigado en modos que satisfacen la necesidad de retribución del Estado, sin realizar reparación alguna a la víctima.

4.6 Reuniones Restaurativas

Las reuniones restaurativas al igual que los programas antes mencionados, responden a los principios de la Justicia Restaurativa. Se definirá entonces como operan estas reuniones, sus elementos y su efectividad en los países donde se aplican.

4.6.1 Descripción

Los programas de reuniones de restauración son similares a los programas de mediación entre víctima y delincuente, dado que involucran a la víctima y al delincuente en una conversación prologada acerca del delito y sus consecuencias. Sin embargo, las reuniones restaurativas, incluyen la participación de las familias, grupos de la comunidad, la policía, asistentes sociales y abogados, además claro está de la víctima y del delincuente.

Involucran a estos grupos a fin de demostrar al delincuente, especialmente juvenil que muchas personas se preocupan por él o ella, y para despertar en el menor un sentido de responsabilidad respecto de su familia, círculo social y la sociedad como un todo. En esta reunión todas las partes deben estar de acuerdo con respecto al plan de reparación, considerándolo una resolución justa, dado que esto aumenta el compromiso frente al mismo por encontrarse involucradas todas las partes interesadas. Este consenso comunitario acerca de la resolución, y la no aprobación de una conducta por parte del ofensor, dan como resultado una norma y la clarificación de los valores. Para este programa es importante el reconocimiento del valor constructivo de la “vergüenza reintegrativa”, por medio de la cual la comunidad denuncia la conducta del delincuente como inaceptable, pero afirma su compromiso hacia éste y expresa su activo deseo de reintegrarlo nuevamente a la sociedad.

Las reuniones de restauración se utilizan sólo en aquellos casos en que el delincuente admite culpa. No se emplea a fin de determinar la culpabilidad, y el delincuente puede decidir detener el proceso en cualquier momento, y pasar a los tribunales para que su culpabilidad o inocencia sean determinadas de modo tradicional.

4.6.2 Elementos

El proceso de reuniones de restauración consta de etapas separadas: preparación, encuentro y monitoreo posterior.

4.6.2.1 Preparación.

Un facilitador capacitado recibe un informe de traspaso y se asesora con funcionarios del tribunal de menores a fin de familiarizarse con el caso. Esto brinda al facilitador la oportunidad de conocer a las partes e identificar y debatir las necesidades de quienes se encuentran involucrados y los propósitos del proceso de reuniones de restauración.

4.6.2.2 Encuentro

El delincuente comienza contando su versión de la historia; luego la víctima hace lo mismo. Luego, ambos tienen la posibilidad de expresar sus sentimientos con respecto a los eventos y circunstancias que rodearon al delito. A continuación, uno puede hacer preguntas al otro, que son seguidas por preguntas realizadas por las respectivas familias. Más tarde, el delincuente se reúne en privado con su familia a fin de conversar acerca de la reparación, y presentan luego la oferta a la víctima y a los demás asistentes. La negociación continúa en el grupo hasta generar un consenso. El acuerdo se hace por escrito, incluyendo cronogramas de pago y monitoreo.

4.6.2.3 Monitoreo

En esta fase, el facilitador monitorea el cumplimiento del acuerdo y localiza, de ser necesario, recursos para el menor o su familia. En caso de que el acuerdo

no pueda ser cumplido satisfactoriamente con la intervención del facilitador, el caso retorna a los tribunales para lo que corresponda.

4.6.3 Efectividad

Los programas de reuniones de restauración muestran resultados prometedores⁹² en el sistema de justicia penal juvenil, con índices de satisfacción de las víctimas alrededor del 90%, acuerdos de restitución alcanzados en el 95% de los casos y un 90% de cumplimiento de la restitución sin seguimiento policial. Estudios sugieren que este programa puede haber ayudado a desarrollar en los delincuentes empatía con sus víctimas, despertado cambios en la conducta del delincuente y mejorando las relaciones entre las familias y la policía, además de fortalecer las redes de contención para los delincuentes.

4.7 Justicia Restaurativa Intra Muros

La cárcel como lo explica el Dr. Álvaro Burgos Mata⁹³, es una institución y medio de control social, que data de los siglos anteriores y que en la actualidad ha entrado en un período de crisis, caracterizada por su pérdida de legitimidad, credibilidad y efectividad en lo que al cumplimiento de la pena se refiere, que es la rehabilitación del delincuente y lograr su inserción en la sociedad. La cárcel común que conocemos no rehabilita a ninguna persona, en su lugar, le perjudica desde todas sus áreas y principalmente le estigmatiza ante la comunidad, lo que impide una inserción social exitosa. Pero existen en la actualidad programas restaurativos, que pueden devolver la fe, a estos seres humanos, desechados por la sociedad, por su actividad delictiva.

⁹² Según los estudios realizados en Nuevo Gales del Sur, Australia. En Inglaterra y Gales. En Norte América (Canadá y Estados Unidos). Disponibles en www.restorativepractices.org

⁹³ Burgos M. Álvaro. Op. Cit. Pág. 24

La Justicia Restaurativa, tanto se puede aplicar para aquellas personas que no han sido sentenciadas por un tribunal penal, como también para aquellos delincuentes que tienen sentencia firme por el delito cometido. Durante el desarrollo de la investigación, hemos hablado que si bien es cierto, los beneficios de la Justicia Restaurativa son positivos en los delitos de menor gravedad y justicia penal juvenil, no podemos, realizar procesos de justicia restaurativa en delitos de crimen organizado y delitos sexuales, durante el proceso previo a la sentencia. Pero si es posible mediante otros programas de justicia restaurativa, abordar a estos delincuentes desde la ejecución de la pena, y así lograr el fin rehabilitador de la pena privativa de libertad, estipulado en nuestro código penal en el numeral 51.

La Justicia Restaurativa Intra Muros se define como: restaurar a las personas privadas de libertad mediante las Comunidades de Restauración APAC (Metodología APAC), el Programa Árbol Sicómoro de la Confraternidad Carcelaria Internacional y los Círculos Restaurativos y así insertarlos (as) a la sociedad como personas capaces de respetar el ordenamiento jurídico establecido en la sociedad.

A continuación se realizará una breve explicación de estos programas restaurativos y su funcionamiento en Costa Rica.

4.7.1 Comunidades de Restauración APAC.

Se llama así, a las prisiones basadas en la Metodología APAC, la cual se expondrá en este apartado. Se analizará sus antecedentes, definición, elementos y la experiencia de la misma en una cárcel costarricense.

4.7.1.1 Antecedentes de la Metodología APAC⁹⁴

En 1972 en la ciudad de Sao José dos Campos, Brasil, algo enteramente nuevo, inusitado y revolucionario inició en el sistema de prisiones. Un grupo de voluntarios cristianos liderados por el Dr. Mario Ottoboni, empezó a visitar un presidio en Humaitá, para evangelizar y dar apoyo a los presos. Todo el trabajo era empírico y se limitaba solamente a resolver en forma asistencial los problemas de los presos, cuya población se mantenía sobresaltada por las constantes fugas, rebeliones y la violencia. El grupo no tenía parámetros ni modelos para ser seguidos mucho menos experiencia con el mundo del crimen o las drogas en las prisiones. Pero pacientemente fueron siendo vencidas las barreras que aparecían en el camino, diseñando ellos mismos un método para atender la población, basado en la valorización humana y la evangelización.

A partir de esa época el método pasó a ser divulgado a más de 100 países en el mundo por medio de congresos, seminarios y visitas al presidio de Humanitá. Actualmente en Brasil, existen APAC's en más de 12 estados, solo Sao Paulo hay 22, en construcción 54 y 11 sin policía. Otras ya fueron implementadas en los países como en Ecuador (Quito y Guayaquil), Argentina (Córdoba y en Tres Ríos); Perú (Arequipa), Estado Unidos (Iowa, Texas, Kansas y Minnesota), Noruega, Nueva Zelanda, Latvia, Alemania, Bulgaria, Inglaterra, Australia, Puerto Rico, Holanda, Corea del Sur, Singapur, Gales, Australia, Escocia, Chile y Costa Rica (Cartago).

Los antecedentes en Costa Rica⁹⁵, inician en el año 2001, cuando en una reunión del Caucus Latinoamericano (reunión anual de las Confraternidades Latinoamericanas), la Dra. Jeannette Incera⁹⁶, toma la decisión de iniciar las

⁹⁴ Velez Díaz M. Seminario de Capacitación Método APAC, Agosto 2000. Confraternidad Carcelaria Internacional.

⁹⁵ Carlos Brenes Quesada. Plan Operativo Anual 2007. APAC de Costa Rica. Pág. 3

⁹⁶ Dra. Jeannette Incera Aguilar, Presidenta de la Asociación Confraternidad Carcelaria de Costa Rica.

gestiones para abrir un APAC en Costa Rica, depositando esta responsabilidad en la Licda. Martha Villareal Castillo, quien fue enviada a Brasil, por la Confraternidad Carcelaria Internacional, a aprender de la experiencia. En adelante se iniciaron una serie de reuniones con la Dirección General de Adaptación Social y el Ministerio de Justicia, siendo hasta el año 2005, que la Licda. Patricia Vega, Ministra de Justicia de la Administración Pacheco de la Espriella, firma el convenio con APAC de Costa Rica, para iniciar la implementación de una Comunidad de Restauración APAC, en un Centro de Atención Institucional.

4.7.1.2 Definición de la Metodología APAC.

Podemos definir APAC, como un programa de Justicia Restaurativa basado en la valorización humana, el amor, la confianza y la disciplina, que ofrece a las personas privadas de libertad las condiciones necesarias para recuperarse, logrando así proteger a la sociedad y promover la justicia.

“La Metodología APAC rompe con el Sistema Penal vigente, cruel sobre todos los aspectos y que no cumple la finalidad principal de la pena: preparar a la persona privada de libertad para devolverlo en condiciones de convivir armoniosa y pacíficamente con la sociedad. La Metodología cuida en primer lugar de la valorización humana de la persona que erró y que, segregada o no, cumple pena privativa de libertad. Normalmente, los infractores condenados son discriminados en el más amplio sentido de la palabra. La mayoría es vista apenas como criminales irrecuperables, basura de la sociedad y no como personas respetables en su dignidad como imagen y semejanza de Dios. Vale recordar la máxima: Todo persona es más grande que su propio error. Valorizar al ser humano, en su esencia, evangelizarlo, reconocerlo en un todo como hermano incluido en el plan de felicidad. Nadie nació para ser infeliz. La falta de conocimiento del amor de Dios para con los hombres es lo que primicia la ambición, la voluntad de tener, el inmediatismo, la adopción de rumbos inciertos que lo llevan fatalmente a la vida del

*crimen. Cuando se valoriza a otro, el beneficiado percibe en quien lo valoriza que el amor del Padre no establece discriminaciones y quiere la felicidad de todos sus hijos. Cuando esto ocurre, el proceso de evangelización ya está caminando rápido, fuerte y van creando raíces en la personalidad del ser humano, liberándolo de todas las ataduras que lo esclavizan*⁹⁷

4.7.1.3 Principios Fundamentales de la Metodología APAC

La Metodología APAC, se basa en cuatro principios fundamentales: valorización humana, evangelización, transformación espiritual y reintegración. Principios que serán desarrollados de una forma sucinta para una mejor comprensión de la Metodología APAC.

4.7.1.3.1 Valorización Humana

La conducta delictiva es el resultado de que un individuo sea incapaz de dar y recibir amor, debido a un hogar mal constituido y una crianza inapropiada. El método APAC brinda la atmósfera de formación y amor en la que es posible ayudar al individuo a alcanzar la definición de APAC de la valorización humana.

Dr. Hugo Veronese

La valorización humana es el proceso por el cual un individuo comienza a comprender y vivir el hecho de que es un ser único y talentoso, por haber sido creado por Dios. Los líderes brasileños lo definen como: *"ayudar a un ser humano a tomar conciencia de su dignidad humana innata y a ejercitar y desarrollar todas sus capacidades"*.

Las acciones de los voluntarios y profesionales que trabajan en las Comunidades de Restauración APAC, están dirigidas a este fin. Los privados de

⁹⁷ Ottoboni M. *¿Vamos a Matar el Criminal? Prison Fellowship Internacional. Centro de Justicia y reconciliación. Washington DC, USA. 2002. Pág. 22*

libertad son llamados por su nombre y se hacen los esfuerzos necesarios para satisfacer sus necesidades médicas, psicológicas y jurídicas. Al llamar a los privados de libertad por su nombre y satisfacer sus necesidades humanas básicas, se asegura que los privados de libertad comprendan que son altamente valorados. En las reuniones en las celdas, se hacen todos los esfuerzos necesarios para restaurar la dignidad y autoestima de los internos. Se persuade a los mismos acerca de que Dios los creó del mismo modo en que Él creó a todos los demás hombres y mujeres, y de que ellos son los más importantes entre todos según los planes del Señor. Dios no hace diferencias; Él no discrimina entre sus Hijos. Él los ama a todos por igual.

El proceso de valorización incluye asesoría en entrevistas uno a uno, debates grupales, y los aspectos educativos. Se realizan pequeñas reuniones grupales regularmente donde se debaten y abordan las inquietudes de los internos. Con el tiempo, los internos enfrentan su realidad y buscan el cambio. *“Nuestro trabajo con respecto a la valorización humana comienza con este tipo de situación. Cuando las personas llegan aquí, están hechas pedazos. Entonces, es nuestra tarea recoger esos pedazos e intentar volver a reunir las partes. Con muy poca frecuencia vuelven a estar totalmente enteros, pero nuestro trabajo consiste en hacer todo lo que esté a nuestro alcance. Podríamos hacer una analogía con un florero que se ha roto. Podemos volver a unir las piezas de modo tal que aun si faltara una parte ese florero aún podría contener flores; ése ya es un buen trabajo. Incluso si faltaran varias piezas, queremos mirar al florero y decir, “Es la imagen de Dios. La semejanza de Dios.” Al principio, cuando lo miramos, no podemos ver la imagen y semejanza de Dios, pero luego esto sí es posible*⁹⁸.

⁹⁸ Confraternidad Carcelaria Internacional. *Manual para iniciar una prisión basada en el modelo APAC*. Editorial CCI. Washington DC – Estados Unidos. 2001. Pág.9

4.7.1.3.2 Evangelización

APAC involucra un "proceso de evangelización". El término se utiliza en su sentido más amplio para incluir no sólo el anuncio salvador de la buena nueva del Evangelio. Esto implica brindar asistencia médica, jurídica, social, educativa y laboral. Cada APAC apunta a brindar estos tipos de asistencia cuando es necesario y apropiado. Las dimensiones espirituales y materiales de la humanidad son abordadas mediante el evangelio de Jesús. Liberación, desarrollo, humanización y evangelización son todas partes integrales de la metodología APAC.

4.7.1.3.3 Transformación Espiritual

En todas las prisiones basadas en la metodología APAC, se refleja la comprensión teológica de que somos seres espirituales, que compartimos la conciencia de la humanidad con respecto a Dios. El hombre que anda sin Dios no ve ningún sentido a la vida. El privado de libertad debe sentir la necesidad de conocer a Dios. Esto no es lo mismo que cuando llega a la cárcel un o una voluntario(a), que trae la Biblia bajo el brazo y pronuncia grandes sermones en que nos advierte del castigo divino. Si el voluntario nos habla de un Dios distante, de un tirano que nos juzgará, o de un Dios que ofrezca soluciones fáciles, inmediatas o enajenantes, no se logrará el objetivo de la transformación espiritual.

En el caso de la prisión basada en la Metodología APAC, que opera en Costa Rica (Centro de Programa Institucional Las Mercedes – Cartago), los privados de libertad tienen la libertad de asistir a los servicios espirituales, de acuerdo a su denominación religiosa. Este elemento ha sido fundamental para la inserción de los privados de libertad, partiendo de que la recuperación es una cuestión de cada uno, pero que solo con la ayuda de Dios se puede lograr.

4.7.1.3.4 Reintegración y restauración

En Lucas 19, la historia de Zaqueo da un poderoso ejemplo de restauración Bíblica. Aquí, Zaqueo fue a Jesús, confesó su pecado y decidió devolver lo que había robado. Además, él dijo que daría generosamente su riqueza a los necesitados. Eso mostró que él volvió a Dios, a sí mismo y a la comunidad. La metodología APAC intenta impulsar a los privados de libertad cuyas familias les brindan apoyo a volver a ellos, o en su defecto, a encontrar una vida familiar alternativa que sea estable. En algunos países, esta reintegración y restauración se extienden a tomar pasos hacia la restitución a la víctima, la reconciliación con la víctima o el servicio comunitario.

El recuperando

El efecto de un nombre o título descriptivo puede tener un importante impacto sobre el conocimiento que la persona tiene de sí misma. Después de considerarlo por muchos años, quienes desarrollaron la metodología APAC determinaron que la palabra **recuperando** es la que mejor describía al privado de libertad. Proviene de la historia de Filemón y Onésimo, su esclavo, quien había escapado y se encontraba en la cárcel con Pablo. Pablo lo convirtió en la cárcel y lo envió de regreso con Filemón. Pablo escribió sus cartas en griego y en este idioma, recobrar (**apecho**) significa “volver a recibir en condiciones ideales”. Filemón recibe a Onésimo de regreso en condiciones ideales, debido a que el joven se recuperó en prisión a través de Pablo. *“El convicto es rehabilitado restableciendo su salud física, mental, y espiritual, capacitándolo para que pueda ejercer una profesión, enseñándole a leer y escribir, y ayudándolo a realizar el fascinante descubrimiento de Dios, teniendo una religión y aprendiendo a amar y ser amado. Sin seguir estos pasos, poco se puede esperar en lo que respecta a rehabilitar al hombre que violó la ley, y ha sido sentenciado y encarcelado”*⁹⁹

⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 13

La restauración de las relaciones

Durante las etapas iniciales de la sentencia del privado de libertad, los voluntarios e internos de las prisiones basadas en APAC, se convierten en una familia sustituta, y las decisiones se toman tal como lo harían los miembros de un grupo familiar, en lugar de seguir un proceso administrativo o burocrático. Se insta a los internos a convertirse en 'ángeles de la guarda' unos para con otros, alentándose y responsabilizándose unos a otros por su conducta y comportamiento.

La restauración de las familias

Es necesario considerar a la familia (incluyendo a aquellos que se ven directamente afectados por la sentencia) en el desarrollo de políticas, programas o iniciativas. La familia es considerada un elemento vital en la reintegración de un privado de libertad, y las relaciones maritales y paternas de amor y lealtad son apoyadas y alentadas. El concepto de la creación de una cohesión social, y la redención e integración de la identidad cultural también pueden ser parte de este programa.

La restauración en las comunidades

Empleamos la palabra "restauración" al referirnos al proceso por el cual se restauran en los privados de libertad, relaciones más productivas con sus familias y comunidades. Al igual que la transformación, la restauración implica un cambio, que con frecuencia es progresivo. El amor de Dios experimentado por los privados de libertad durante el proceso de transformación es, a su vez, mostrado a los demás a través de la restauración de -y reconciliación en- las relaciones. Este proceso tiene como fin alcanzar paz y orden. Del modo en que la antigua ley Judía incorporaba las nociones de "*shalom*" (paz), hoy pensamos acerca de la "paz" como una dinámica de cooperación impulsada desde una comunidad, requiriendo

el compromiso de la comunidad de respetar los derechos de sus miembros y ayudar a resolver los conflictos que puedan surgir entre éstos.

La restauración de la justicia

La Justicia Restaurativa da respuesta frente a determinados delitos enfatizando tanto la recuperación de la víctima mediante un resarcimiento, reivindicación y sanación, como el desagravio por parte del delincuente a través de una compensación, trato justo y rehabilitación. Esta justicia busca procesos mediante los cuales las partes pueden descubrir la verdad acerca de lo ocurrido y los daños que resultaron como consecuencia de esto, a fin de identificar las injusticias ocurridas y acordar acciones futuras para subsanar esos daños.

Los principios antes mencionados, están íntimamente relacionados con los principios y valores de la Justicia Restaurativa, lo que hace que esta metodología sea considerada un proceso restaurativo, para la inserción de la población privada de libertad sentenciada.

4.7.1.4 Elementos de la Metodología APAC

Son doce los elementos fundamentales, los cuales surgieron después de exhaustivos estudios y reflexiones, con el objetivo de conseguir los efectos anhelados. Es importante destacar, que el cumplimiento de todos ellos en la aplicación de la metodología es indispensable, pues, es en el conjunto armonioso donde encontraremos repuestas positivas. No se debe procurar ejecutar este o aquel ítem de los elementos fundamentales, sino más bien capacitar al equipo de trabajo para aplicar de la mejor manera todos los elementos.

El amor incondicional y la confianza son dos aspectos subjetivos de soporte de toda la metodología. Esos dos aspectos se deben manifestar todo el tiempo por

medio de gestos concretos de acogida, de perdón, de diálogo, sin distinciones, por parte de los voluntarios en la relación con los recuperandos. El amor incondicional y la confianza se sobreponen a todos los elementos, pues deben ser virtudes cultivadas con todo el vigor cristiano en la aplicación de la metodología.

4.7.1.4.1 Participación de la comunidad

La rehabilitación, de que habla nuestro código penal en el artículo 51, no debe ser una tarea del gobierno únicamente, es una tarea que debe involucrar a la comunidad donde está establecido el centro penitenciario. Tomando en cuenta que cuando se habla de la comunidad no solo se refiere a las personas físicas, se refiere a las iglesias (católica y evangélica) a las instituciones sociales, a la escuela y los colegios, a las organizaciones no gubernamentales, todos mediante un trabajo planificado deben trabajar por la inserción social de las personas privadas de libertad. Al gobierno (Ministerio de Justicia) le corresponde liderar, como ente rector, todas las acciones por realizar.

Para lograr lo anterior es necesario encontrar medios de despertar a la comunidad para la tarea. Un medio sería la participación de la Iglesia Católica, Iglesia Evangélica, para motivar a los fieles, abriendo espacios, para que los voluntarios de APAC hagan llamados o relaten los propósitos del equipo que va al centro penal. Se debe hacer divulgación por la prensa televisiva y escrita, asistir a encuentros y retiros para hablar de las cárceles para propagar el trabajo, promover seminarios sobre la importancia de la participación de la comunidad en la ejecución de la pena, así como para hablar de los graves problemas penitenciarios.

La sociedad, esencialmente los cristianos, necesitan comprender que solamente lamentando lo que sucede a diario no solucionará las dificultades que vivimos, cuando en este país todo habla de violencia y nuestros principales valores, todos los días son lanzados a la basura para dar lugar a las tristes

experiencias de las drogas y de los hogares disfuncionales o contruidos sin la bendición de Dios.

4.7.1.4.2 Recuperando ayudando al recuperando

Es fundamental enseñar al recuperando a vivir en comunidad, a socorrer al hermano que está enfermo, ayudar a los más viejos y, cuando fuera el caso, a prestar todos los servicios que requieren sus compañeros de prisión, en los corredores, en el comedor, en la pulpería. De hecho, por no saber respetar las reglas de buena convivencia social, en razón de la falta de respeto y ausencia de límites del otro, es que la persona terminó siendo condenada (en la mayoría de los casos). Para lograr lo anterior, en el APAC de Costa Rica tenemos el Consejo de Sinceridad y Solidaridad, del cual se hace una descripción:

Consejo de Sinceridad y Solidaridad (CSS)

El Consejo de Sinceridad y Solidaridad (CSS) es un órgano auxiliar de la administración de APAC. El presidente del CSS, cuyo mandato es por tiempo indeterminado, es de libre elección del Director de APAC. Los demás miembros del consejo son escogidos libremente por el presidente, de acuerdo con la población penal. Sin poder de decisión, el CSS colabora en todas las actividades, opinando acerca de la disciplina, seguridad, distribución de tareas, realización de reformas, promoción de fiestas, celebraciones y demás funciones que el Director de la Metodología asigne. Se resalta que el CSS, desde su institución, se observó como un organismo de cooperación excelente, porque trajo a los directores la vivencia del presidio y lucha por soluciones prácticas, simples, económicas y que realmente van al encuentro de los deseos de todos los recuperandos. En ese sentido, semanalmente el CSS se reúne con toda la población penal sin la presencia de miembros de APAC, para discutir las dificultades que se presentan, buscar siempre la solución de los problemas y solicitar a la Dirección medidas que pueden ayudar a tomar armónico y saludable el ambiente donde cumplen su pena.

4.7.1.4.3 El Trabajo

Existen muchas personas que piensan, de forma equívoca que el trabajo por sí solo recupera al ser humano. Pero eso no es verdad. Si así fuese, muchos países del Primer Mundo, sobre todo aquellos que instituyeron las prisiones habrían encontrado la solución para sus problemas, Pero, ocurre que, a pesar de las modernas instalaciones del trabajo efectivo realizado en el interior de esas prisiones, los índices de reincidencia continúan indeseables, señalando que no está sólo en el trabajo la solución para la enmienda del infractor. El trabajo debe ser parte del contexto, parte de la propuesta, más no debe ser elemento fundamental de la propuesta, pues no es suficiente para recuperar el preso. Además es preciso tener claro el objetivo del trabajo en cada uno de los regímenes, toda vez que la legislación adopta el modelo progresivo del cumplimiento de la pena, a fin de no frustrar las expectativas del privado de libertad.

El trabajo en APAC

El Método APAC recomienda los trabajos laborterápicos, artesanales. Sin embargo, cuando decimos artesanales, la interpretación debe ser extensiva, no pudiendo limitarla apenas a las actividades comunes que todos estamos habituados a ver en los presidios. Es necesaria una visión amplia, inclusive con vistas a la comercialización de los productos. Es necesario, por esta razón, que cada APAC piense en el sector de laborterapia como un sector curativo, de enmienda del recuperando, brindándole todas las oportunidades para desempeñar las actividades artesanales, tales como: tapicería, pintura de cuadros al óleo, decoración de azulejos, graffiti, técnicas en cerámica, confección de redes, manteles, cortinas, trabajos en madera, arcilla, pintura de frisos y todo lo que

permita al recuperando ejercitar la creatividad, la reflexión sobre lo que está haciendo.

4.7.1.4.4 La Espiritualidad y la importancia de hacer la experiencia de Dios

Otro equívoco común en el abordaje de la recuperación de los privados de libertad, es juzgar que la religión tan solamente basta para preparar al preso para su retorno a la sociedad, Esto no representa de forma alguna la realidad, basta confrontar las estadísticas que traducen los índices de reincidencia para constatar esa verdad. La espiritualidad es factor fundamental; la experiencia de Dios de amar y ser amado, es de una importancia inconmensurable desde que, pautada por la ética y dentro de un conjunto de propuestas en que el reciclaje de los propios valores, lleve al recuperando al convencimiento de que Dios es el gran compañero, el amigo que no falla, esa experiencia de vida debe nacer espontáneamente en el corazón del recuperando para que sea permanentemente y duradera.

La Metodología APAC proclama, pues, la necesidad imperiosa de que el recuperando tenga una religión, creer en Dios, amar y ser amado, no importando este o aquel credo y , mucho menos, sofocando o asfixiando al recuperando con llamamientos que lo angustien en lugar de hacerlo reflexionar.

4.7.1.4.5 Asistencia Jurídica

Una de las mayores preocupaciones del privado de libertad, sino la primera, se relaciona con su situación procesal. Todo el tiempo el recuperando esta preocupado en saber el trámite de sus recursos, para calcular el tiempo que le resta en prisión. Por eso, en los centros penales es común que el preso solicite a cualquier visitante favores relacionados con averiguaciones en el Instituto Nacional de Criminología o el Juzgado de Ejecución de la Pena. Por lo anterior, es que el responsable del área jurídica en la Metodología APAC, debe esforzarse por

mantener todo al día y dar respuestas verdaderas a los recuperandos, sobre su situación jurídica.

4.7.1.4.6 Asistencia a la Salud

Cuando enfocamos el aspecto de la espiritualidad, dejamos claro que era una tarea sin gloria hablar de Dios a quien estuviera enfermo o abandonado, el integrante de un grupo preocupado en atender a los privados de libertad, debe tener en mente que en la cárcel va enfrentar todo tipo de problemas, especialmente aquellos relacionados con las salud. Para aplicar bien la Metodología, es necesario que haya preocupación de atraer a equipos médicos enfermeros, psicólogos, psiquiatras, odontólogos, etc. para que no falte asistencias a los que están privados de libertad. No se puede olvidar que necesitamos eliminar las causas que provocan innumerables enfermedades entre los recuperandos, mejorando en lo posible la alimentación , propiciando condiciones de higiene de la cárcel (inclusive fumigación), pintura, tratamiento de agua permitiendo baños regulares de sol, ocio y entretenimiento, mejorando la relación entre recuperandos y seguridad, respetando la familia, etc.

Por lo expuesto, es fácil deducir que la salud debe ser siempre colocada en primer plano para evitar serias preocupaciones y aflicciones del recuperando; al mismo tiempo, esa medida pasa un mensaje, como gesto de amor del Padre dirigido a los hijos, Hecho esto, comenzamos a aplicar la justicia restaurativa y a conquistar el corazón sufrido de aquellos que ya no confían más en nadie, Cristo está llegando a sus vidas y, poco, se va alojando definitivamente en ellas.

Valorización Humana base del Método APAC

El privado de libertad, crea máscaras, se muestra valiente, despreciativo, pero en el fondo es frágil. Por eso la Metodología APAC, tiene por objetivo colocar en primer lugar al ser humano y, en este sentido, todo trabajo debe dirigirse a

reformular la auto imagen del hombre que erró. Llamarlo por su nombre, conocer su historia, interesarse por su vida, visitar su familia, atenderlo en sus justas necesidades, permitirle sentarse a la mesa para las comidas diarias, pudiendo utilizar cubiertos para comer; esas y otras medidas irán ayudándolo a descubrir que no todo está perdido; que toda dificultad creada por el hombre, el propio hombre con la ayuda de Cristo podrá superarla, en cualquier circunstancia; la educación y el estudio deben integrar parte importante de este contexto.

4.7.1.4.8 La Familia

La familia del recuperando no puede, en hipótesis alguna, estar excluida de la metodología APAC, toda vez que todos los datos estadísticos dan cuenta de que entre los factores determinantes de la criminalidad, la familia contribuye con el 98%. Son hogares desestructurados, en todos los aspectos, que viven al margen de la religión, de la ética, de la moral, de la cultura, etc. Sufren la exclusión social y acaban, por esto mismo, tornándose en fuente generadora de delincuencia.

Por este motivo, la familia del recuperando necesita recibir atención especial de la Metodología APAC. En la estructura administrativa debe ser creada una área con el objetivo de cuidar de la familia con voluntarios entrenados por profesionales para que se hagan los seguimientos y se tomen las providencias necesarias. En muchos casos, es preciso acompañar a la familia del recuperando, visitándola con regularidad y, en la medida de lo posible, dirigir a los hijos hacia la escuela y a los centros comunales proveyendo ayuda alimenticia básica, etc. Es preciso darse cuenta que preparar al recuperando convenientemente y después devolverlo a la fuente que lo generó sin ninguna transformación con seguridad va a dificultar la inserción social de aquel que cumplió la pena. Es necesario, pues, cambiar el ambiente de donde él emergió. También se debe facilitar la visita íntima preparando un espacio físico adecuado.

4.7.1.4.9 El Voluntariado

Con relación a los voluntarios, es preciso enfatizar que el trabajo de APAC está basado en la gratuidad, en el servicio al prójimo. El voluntario debe estar preocupado con la suerte de su semejante que tropezó en los escombros del camino de la vida, cayó y precisa de una mano amiga para levantarse.

El voluntariado debe ser ejemplar, sea por la confianza que el recuperando deposita en él, sea por las atribuciones que se le conceden y que debe desempeñar con fidelidad y convicción. Quien tiene una buena vivencia espiritual no vacila delante de los obstáculos que surgen. Es necesario que sea correcto en su vida particular, tenga conducta ejemplar en la familia, evite cualquier tipo de privilegios y sea amigo de todos.

En el Método APAC el amor debe ser gratuito, constantemente incondicional, por eso la gracia de Dios pasa a ser la recompensa. El valor de un trabajo gratuito es inconmensurable, pues es realizado por gestos concretos de entrega, amor, convicción cristiana.

4.7.1.4.10 Centro de Reintegración Social

La creación del Centro de Reintegración Social, ofrece al recuperando la oportunidad de cumplir la pena en el régimen semi-abierto próximo a su núcleo afectivo: familia, amigos y parientes, facilitando la formación de mano de obra especializada además de favorecer la reintegración social, respetando la ley y los derechos de la sentenciada. El recuperando no se aleja de su comunidad y encuentra, lógicamente, apoyo para conseguir una libertad definitiva con menos riesgos de reincidencia, además de sentirse protegido y amparado como ser humano.

4.7.1.4.11 El Mérito

La Metodología APAC, estudió exhaustivamente la materia del “Mérito” y observó los resultados de su aplicación. La Metodología APAC, desea ver a los recuperandos prestando servicios, en toda la propuesta socializadora como representante de celda, como miembro de CSS, en la administración, en el relacionamiento con sus compañeros, con los visitantes y con los voluntarios, Se nota entonces que no se trata solamente de una conducta prisional, sino de un testimonio que envuelve el mérito del cumplidor de la pena.

Por esa razón, en APAC toda tarea ejercida así como la advertencia, elogios, salidas, etc., debe integrar su expediente de APAC. Es el registro de su día con día en la prisión. Es ahí donde se buscarán los elementos necesarios para evaluar su mérito y no apenas su conducta. Y es importante que sepamos que, cuando el mérito pasa a ser lo referencial, el péndulo de la historia de la vida en prisión del recuperando que cumple pena preventiva de libertad, comienza a comprender mejor el sentido de la propuesta de APAC, porque es por el mérito que él prosperará y la sociedad y él mismo serán protegidos.

4.7.1.4.12 Jornada de Liberación con Cristo

La Jornada de Liberación con Cristo es el punto alto de la metodología. Son tres días de reflexión e interiorización con los recuperandos. El equipo de expositores debe estar constituido, de preferencia, por miembros de grupos voluntarios, aquellos que viven los problemas que afligen el día con día de los recuperandos.

En síntesis, la Metodología APAC, fundamenta su trabajo en estos doce elementos, que como se dijo al inicio de su descripción, no son excluyentes uno del otro. Para lograr un verdadero éxito en la inserción de los privados de libertad, es indispensable la aplicación de todos.

4.7.1.4 Metodología APAC – Costa Rica

La metodología APAC, se aplica en una prisión costarricense, desde abril del año dos mil seis, cuando la Ministra de Justicia (Licda. Patricia Vega – Administración Pacheco de la Espriella) firmó el primer Convenio de Cooperación con la Asociación Pro Ayuda al Condenado. Lo anterior permitió la aplicación de la Metodología APAC a cuarenta privados de libertad, en el Centro Programa Institucional Las Mercedes, ubicado en la provincia de Cartago. En el mencionado convenio, se define la competencia, tanto de la Dirección General de Adaptación Social, como de los personeros de APAC.

Después de tres años de trabajo, han pasado por la Metodología APAC, más de cien personas, reincidiendo únicamente dos, lo que hace que las autoridades penitenciarias consideren exitoso el proceso restaurativo. Igualmente se firmó otro convenio de cooperación, para continuar con el trabajo realizado por veinte meses más. (Ver anexos).

4.7.2 Programa Árbol Sicómoro

Al igual que la Metodología APAC, el Árbol Sicómoro, es otro programa de justicia restaurativa, dentro de las prisiones, el cual se fundamenta en la sanación de los actores principales del crimen (víctimas y ofensores).

4.7.2.1 Definición.

Es un programa de la Confraternidad Carcelaria Internacional, enmarcado dentro de los procesos restaurativos intramuros, que se realiza con privados de libertad sentenciados, por medio de voluntarios capacitados, en donde, las víctimas y los ofensores se reúnen en ocho sesiones de dos horas cada una, durante ocho semanas. El coordinador utiliza una guía de trabajo, ya comprobada en la práctica, para conducir al grupo a lo largo de una serie de temas que eventualmente llevan al momento en que víctimas y transgresores intercambien cartas y convenios en que expresan sus sentimientos y el deseo de avanzar hacia la reconciliación. A los ofensores se les insta a buscar la manera de compensar el daño que haya provocado su conducta delictiva. A las víctimas se les da la oportunidad de analizar cómo asumir el control de sus propias vidas y emprender el camino hacia la sanación y la restauración. Por último, el grupo se reúne en un acto público de celebración y culto.

4.7.2.2 Cómo se realiza?

El proyecto es breve y de carácter intensivo, por lo que requiere una esmerada preparación. La Confraternidad Carcelaria asigna voluntarios calificados para reunir a las víctimas, los reclusos y para conducir el trabajo del grupo. Se necesita la autorización de las autoridades penitenciarias para llevar a cabo el programa en una prisión, para que las víctimas y coordinadores puedan acudir a la prisión, y para utilizar un salón adecuado para los encuentros.

4.7.2.3 Los Participantes

Los participantes en el Programa Árbol Sicómoro, son víctimas y ofensores, no es indispensable que sean las víctimas u ofensores directos, pero si de delitos similares. A todos los participantes se les solicita, que se comprometan a cumplir algunas normas básicas de comportamiento: asistir a todas las sesiones, llegar puntualmente a todas las sesiones, participar en los debates y actividades,

escucharse unos a otros, no interrumpir a quien esté haciendo uso de la palabra, mostrar respeto recíproco, mantener la confidencialidad de todo lo que se escuche, decir siempre la verdad, concretarse en general al tema que esté en discusión en cada momento, permitir que el coordinador dirija el trabajo, expresar al coordinador sus preocupaciones y sugerencias, participar en la ceremonia de restitución, así como en el acto de celebración y culto. Una vez concluido el programa, tal vez se pueda contribuir a que cualquier privado de libertad se reúna con su propia víctima si ambos estuvieran de acuerdo. Sin embargo, quizás no sea posible realizar ese encuentro.

4.7.2.4 ¿Qué ocurre después del proyecto?

Una vez concluido el programa, también concluye el compromiso de los participantes. Por supuesto, es posible que los participantes deseen reunirse con otras víctimas o transgresores - quizás incluso con sus propios transgresores o víctimas - . Pero no es necesario que sea así.

4.7.2.5 Beneficios para los reclusos

A los privados de libertad se les da la oportunidad - con frecuencia, por primera vez - de llegar a comprender el daño que provoca el delito a las víctimas y la comunidad, de asumir voluntariamente la responsabilidad de sus actos y de comenzar a rectificar mediante la participación en una ceremonia de restitución simbólica. A esto se llega mediante el examen de los conceptos bíblicos relativos a la confesión, el arrepentimiento, el perdón, la restitución y la reconciliación relacionados con delitos específicos. Al igual que las víctimas, muchos presos han accedido a la sanación interior o se han fortalecido como cristianos gracias a este programa.

"Antes quería suicidarme, ahora tengo esperanzas. Cuando me incorporé al Árbol Sicomoro mi vida era un desastre. Ahora veo que hay un camino por delante. Cuando vi la capacidad de perdonar que mostró [una víctima participante], comprendí que me sería posible soportar cualquier golpe de la vida". -- Un recluso de Nueva Zelanda

"Este programa me ha permitido reconocer y comprender los efectos que han tenido mis delitos sobre mi familia, mis amistades y mis víctimas. También ha fortalecido mis decisiones para el futuro". -- Un recluso de Inglaterra

"En realidad, nunca antes había pensado en las víctimas. Yo pensaba que mi delito (tráfico de drogas) no tenía víctimas. Ya no lo creo". Lo mejor del programa fue "el contacto directo con las víctimas. Todo era auténtico, de la vida real. No era como en una clase, con un maestro. Esto sí merece atención". -- Un recluso de Estados Unidos¹⁰⁰

4.7.2.6 Beneficios para las víctimas

A las víctimas se les ofrece la oportunidad de exponer las consecuencias del delito cometido contra ellas. Aprenden y se informan sobre la delincuencia, los autores de los delitos y la justicia bíblica. Analizan los conceptos bíblicos del arrepentimiento, el perdón y la reconciliación, pueden relatar su experiencia a los sentenciados por la justicia y contribuir a que los privados de libertad reconozcan lo equivocado de su conducta. En muchos casos, esto ha ayudado a las víctimas a sanar sus heridas y recuperar la paz interior, e incluso a desarrollarse como cristianos:

"No tengo palabras para describir el proyecto... Cobró vida propia. . . . Fue como un estallido, una experiencia que no olvidaré jamás. Fue una experiencia que agradezco. Lo recuerdo todo con asombro y admiración". -- Una víctima de Estados Unidos

"Fue una experiencia que ha cambiado mi vida. En mi condición de víctima de un delito, necesitaba muchas respuestas a muchas preguntas. Todavía no tengo todas las respuestas, pero creo que ahora soy una mejor persona, más comprensiva y más capaz de perdonar que antes – y estas características se fortalecen cada vez más dentro de mí". -- Una víctima de Nueva Zelanda¹⁰¹

¹⁰⁰ Confraternidad Carcelaria Internacional. Manual Proyecto Árbol Sicómoro. Editorial CCI. Washington DC – Estados Unidos. 2001. Pág.15

¹⁰¹ *Ibidem.* Pág. 16

4.8 El sistema penal costarricense y la justicia restaurativa.

En el derecho penal de adultos costarricense, se ha venido produciendo a través de los últimos diez años, un fenómeno similar al producido en la mayoría de los países de América Latina y Estados Unidos, refiriéndome al endurecimiento de las penas y la política de cero tolerancia, lo anterior como solución al aumento de la criminalidad, ejemplo de esto es el aumento de la pena máxima en Costa Rica a 50 años de prisión, a pesar de la prohibición constitucional del establecimiento de penas perpetuas, medida que no contribuyó a la disminución de la delincuencia, una vez entrada en vigencia.

En el año 1998, entró en vigencia el Código Procesal Penal, aprobado por la Asamblea Legislativa en 1996. Dicho código contempla entre sus institutos la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño, basados en las ideas de justicia restaurativa, los cuales no han tenido el efecto deseado, toda vez que se han utilizado no como una justicia más humana, sino más bien como un medio para descongestión de causas a nivel judicial.

Se analizará a continuación, los institutos antes mencionados, igualmente se hablará un poco del proceso abreviado y de la Ley 8720: Ley de Protección a las Víctimas y testigos.

4.8.1 La Conciliación

La conciliación es uno de los programas de justicia restaurativa, más desarrollados en Costa Rica, o que por lo menos se basa en los principios de esta nueva filosofía. Recordando que la justicia restaurativa plantea, cuando surge un conflicto o una situación problemática que las partes afectadas o involucradas en el mismo, solucionen el problema por la vía de la interacción entre ambas, eventualmente con la intervención de un tercero o de terceros, preferiblemente salidos de la comunidad.

La figura de la conciliación está prevista en nuestro Código Procesal Penal en el artículo 36 (modificado mediante la ley 8720 publicada en el periódico oficial la gaceta N° 77 del 22 de abril del 2009.

“En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada, los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre la víctima y el imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. También procederá en los asuntos por delitos sancionados, exclusivamente, con penas no privativas de libertad, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por esta Ley. Es requisito para la aplicación de la conciliación, cuando se trate de un delito de acción pública y sea procedente su aplicación, que durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida, de la suspensión del proceso a prueba o de la reparación integral del daño.

En esos casos, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el tribunal procurará que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptan conciliarse.

Para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados a que designen a un amigable componedor. Los conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.

Cuando la conciliación se produzca, el tribunal homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal. Sin embargo, la extinción de la acción penal tendrá efectos a partir del momento en que el imputado cumpla todas las obligaciones contraídas. Para tal propósito, podrá fijarse un plazo máximo de un año, durante el cual se suspende la prescripción de la acción penal.

Si el imputado no cumpliere, sin justa causa, las obligaciones pactadas en la conciliación, el procedimiento continuará, como si no se hubiere conciliado.

En caso de incumplimiento por causa justificada, las partes podrán prorrogar el plazo hasta por seis meses más. Si la víctima no aceptare prorrogar el plazo, o este se extinguiere sin que el imputado cumpla la obligación, aun por justa causa, el proceso continuará su marcha, sin que puedan aplicarse de nuevo las normas sobre la conciliación.

El tribunal no aprobará la conciliación, cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los que intervienen no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza; tampoco, en los delitos cometidos en perjuicio de las personas menores de edad.

En los delitos de carácter sexual, en las agresiones domésticas y en los delitos sancionados en la Ley de penalización de la violencia contra la mujer, el tribunal no debe procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten, en forma expresa, la víctima o sus representantes legales...¹⁰²

Es importante observar, que el legislador en este artículo, establece en que delitos es aplicable la conciliación y además como novedad que antes no se realizaba, registrar o inscribir en el Registro Judicial, los delincuentes que opten por esta medida. Se ha discutido que aunque es lo más cercano a la justicia restaurativa en Costa Rica, los defensores de esta teoría, se oponen a que se llame o que se enmarque a la conciliación dentro de los programas de justicia restaurativa, por cuanto se da dentro de los aparatos de control social formalizado, como son los tribunales de justicia.

En esta nueva administración de justicia, como se explicó ampliamente en los capítulos anteriores, el éxito de la misma es que el ofensor reconozca el daño causado y repare de alguna forma los perjuicios causados por la acción dañosa, situación que no se da en la realidad costarricense, por cuanto los beneficiarios de este instituto, lo hacen nada más con el fin de no ir a prisión y muchas de las veces incumplen con lo pactado. La conciliación es más una alternativa a la pena de prisión que un mecanismo restaurativo.

4.8.2 Suspensión del Proceso a Prueba

Este instituto es más utilizado en los juzgados penal juvenil, que en penal de adultos, está previsto en el artículo 25 del Código Procesal Penal, y consiste en solicitar al juez la suspensión de la acción penal. El artículo reza de la siguiente forma:

“Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la suspensión del proceso a prueba siempre que, durante los cinco

¹⁰² Ley 8720 publicada en el periódico oficial la gaceta N° 77 del 22 de abril del 2009. www.lagaceta.go.cr

años anteriores, no se haya beneficiado con esta medida o con la extinción de la acción penal por reparación del daño. Para tales efectos, el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiados. El plazo señalado se computará a partir de la firmeza de la resolución que declara la extinción de la acción penal.

La solicitud deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima de domicilio conocido, y un detalle de las condiciones que el imputado está dispuesto a cumplir conforme al artículo siguiente. El plan podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos. Si efectuada la petición aún no existe acusación, el Ministerio Público describirá el hecho que le imputa.

Para otorgar el beneficio, son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba.

En audiencia oral, el tribunal oír sobre la solicitud al fiscal, a la víctima de domicilio conocido así como al imputado y resolverá de inmediato, salvo que difiera esta discusión para la audiencia preliminar.

La resolución fijará las condiciones conforme a las cuales se suspende el procedimiento o se rechaza la solicitud, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, según criterios de razonabilidad.

La suspensión del procedimiento podrá solicitarse en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio, y no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales respectivos.

Si la solicitud del imputado no se admite o el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá considerarse como una confesión¹⁰³

Es importante observar en este instituto, que es el Juzgado Penal quien toma la decisión de otorgarlo o no, no cumpliéndose uno de los principios de la justicia restaurativa, en donde son las partes involucradas las que deciden, sobre su participación en los procesos restaurativos. Igualmente se establece únicamente para delitos de ejecución condicional, lo cual limita aún más a las autoridades judiciales, en materia de justicia penal de adultos su aplicación.

¹⁰³ Llobet. R. Javier. *El Proceso Penal Comentado*. 3ª ed. Editorial Jurídica Continental. San José – Costa Rica. 2006. Pág. 127

4.8.3 Reparación Integral del daño

La reparación integral del daño, es una figura instaurada en el Código Procesal Penal, incluida en el artículo 25 y en el artículo 30 inc. J. **“Por reparación, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en los delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan según cada caso...”**¹⁰⁴. Como en las figuras jurídicas antes mencionadas, observamos que el papel de las partes involucradas directamente, es secundario debido a que es el juez o el fiscal del Ministerio Público, quien decide si se aplica o no, violentando los principios de la justicia restaurativa.

“...Para algunos autores la restauración puede darse incluso mediante una disculpa, importando solamente que la víctima se vea satisfecha; esto puede parecer fantasioso y romántico, pero según la práctica en el campo jurisdiccional ha permitido estar en presencia de casos en los que el sujeto pasivo de la infracción ha manifestado expresamente no querer ninguna compensación económica, sino sólo una disculpa del infractor, lo cual es un ejemplo de que la víctima busca en muchos casos no una sanción de naturaleza retributiva o la reparación stricto sensu, sino su satisfacción por otros medios de composición del conflicto...”,¹⁰⁵ Con lo dicho por el Dr. Douglas Durán, deja ver que es necesario en este tipo de procesos, dar un espacio a la víctima, para tomar decisiones sobre su ofensor.

¹⁰⁴ Llobet. R. Javier. Op. Cit. Pág. 134

¹⁰⁵ Durán Douglas. El Sistema Penal Costarricense de Cara al Paradigma de la Justicia Restaurativa. , Primer Congreso de Justicia Restaurativa, San José – Costa Rica, junio 2006.

4.9 La Justicia Restaurativa y el Derecho Comparado

Se ha venido gestando un movimiento restaurativo internacional y hoy la lista de países con sistemas de este tipo o en camino incluye a: Nueva Zelanda, Australia, Canadá, Irlanda, Eslovenia, Italia, España, Alemania, Gran Bretaña, Holanda, Japón, Chile, Argentina y Colombia.

Se traerán a colación las experiencias de Nueva Zelanda, Alemania, Australia, Canadá y algunos países de Centro y Sudamérica.

4.9.1 Nueva Zelanda¹⁰⁶

Como legislación positiva su experiencia lleva poco tiempo, empero, los principios restaurativos se aplicaban en las culturas indígenas neozelandesas desde hace más de un siglo. Como en la mayoría de países comenzó siendo aplicada para los jóvenes delincuentes y ahora se busca extenderlo para la generalidad de los delitos. La experiencia neozelandesa ha sido una de las más enriquecedoras de esta forma de justicia en el mundo.

Como objetivos se plantean: Promover el alivio de las víctimas de los efectos del crimen, encarar las partes para establecer responsabilidad, ver el impacto del ofensor en la víctima, facilitar la forma de restauración a la víctima y la comunidad, buscar la reconciliación entre la víctima y el victimario y su reintegro en la sociedad. Bajo el esquema neozelandés no solo se busca el encuentro entre la víctima y el ofensor, sino también que la familia del ofensor participe. La víctima a su vez puede llevar personas que le sirvan de soporte, labor coordinada por un trabajador de la Oficina del Departamento de Bienestar Social y con la participación de un representante de la policía que ayuda en el proceso.

¹⁰⁶ www.restorativejustice.org.nz

Al sistema legal Neozelandés se le incorporaron principios restaurativos mediante la introducción de las Conferencias de grupo familiar en 1989. A finales de los 70 y principios de los 80 se desarrolla y se pone en práctica para las comunidades maoríes y luego se aprobaría para la generalidad. En 1990 hubo 2.587 casos con jóvenes delincuentes, esto es 71% menos que en 1989 y 78% menos que el promedio de la década anterior, además la cifra de jóvenes arrestados cayó del 29% en 1984 al 10% en 1990. En 1993 un reporte del jefe de jueces de distrito indicaba que se habían desarrollado 6500 procesos por este medio y que de ellos 6200 habían llegado a un acuerdo, esto es el 95%.

En 1994 se ve la posibilidad de aplicar estos principios en la justicia para adultos. La clave para el desarrollo de la justicia restaurativa en Nueva Zelanda fue que al ofensor lo encararon con la víctima y lo hicieron consiente de su daño, entre los dos participaban en la restauración y aquel encontraba cómo restaurar el derecho del ofendido, este último por su parte encontraba respuesta a preguntas como ¿Por qué yo? ¿Puede pasarme otra vez? Estos encuentros entre las partes para la retroalimentación son la clave de la justicia restaurativa. En 1995 se crearon varios grupos de trabajo en conferencias de grupo.

En 1997 se da una reforma a petición del Ministro de Justicia para implementar los principios restaurativos a la legislación. En 1998 se comienza a exigir como requisito del proceso criminal.

4.9.1.1 Legislación

Lista de derechos de las víctimas del parlamento en 5/10/99

Antes las víctimas eran consideradas únicamente en cuanto a sus necesidades, desde este manifiesto se le garantizan sus derechos en el proceso. Entre los derechos tutelados está el derecho a ser oído en el juicio.

- ✓ **Acto 1987 de víctimas de las ofensas:** Se reconoce a las víctimas el interés en el sistema de justicia criminal. Es una declaración de principios de las víctimas y su trato.
- ✓ **Acto 1985 de justicia criminal:** Contempla los principios de la justicia restaurativa. Habla de compensación de la víctima, mejores maneras en los arreglos, consideración de cuestiones étnicas y culturales de la ofensa y el ofensor, reparación del daño psicológico y servicio comunitario entre otros.
- ✓ **R v Clotworthy:** Esta Corte sentó las bases restaurativas para la solución de casos al ver una notable disminución de casos de reincidencia.

4.9.1.2 Resultados más notables

- ✓ Cerca de 5000 procesos juveniles son mantenidos cada año.
- ✓ Redujo la reincidencia, especialmente en los que se disculparon con sus víctimas sinceramente y en los que expresaron remordimiento.
- ✓ El 94% de los ofendidos están de acuerdo en participar en un proceso restaurativo.
- ✓ El 60% de las víctimas luego del proceso expresaron satisfacción.
- ✓ La mitad de los ofensores se sintieron mejor encarando la experiencia.

4.9.2 Canadá

El sistema legal canadiense está basado en el *Common Law* excepto en Québec que rige un sistema civil basado en el sistema francés predominante. En Canadá se pretende ir de una justicia restaurativa a una justicia transformadora. Con esto se busca estudiar la manera como la justicia restaurativa resuelve situaciones complejas, evaluar si su estructura es funcional y si sus principios pueden ser usados para la solución de casos civiles.

El primer programa de reconciliación entre víctima y delincuentes en Canadá se hizo en Kitchener, Ontario, en 1974. Para 1997 ya había más de 100 proyectos. Básicamente estos programas están dirigidos a jóvenes pero algunas

comunidades las usan para adultos en un proceso llamado foros de justicia comunitaria. Dentro de los programas de justicia restaurativa canadienses podemos identificar algunos con origen de culturas aborígenes y otros de subculturas urbanas y aun dentro de esta clasificación es poco acertado generalizar, pues, hay zonas de influencia europea y otras zonas de influencia norteamericana.

Dentro de esta diversidad de programas vale la pena resaltar cuatro de ellos como ejemplos de la versión urbana y la aborígen:

- ✓ ***THE RESTORATIVE RESOLUCION PROGRAM, Winnipeg (Manitoba):*** Es un programa urbano que pretende vincular tanto a jóvenes como a adultos. Al ofensor se le puede exigir tomar cursos de manejo de la ira, alcohólicos anónimos, comportamiento social, entre otros.
- ✓ ***COMUNNITY HOLISTIC CIRCLE HEALING PROGRAM, Hollow Water:*** Este programa aborígen que tiene como centro de sus actividades los delitos sexuales y de abuso familiar. Funciona a través de una asamblea que incluye a la víctima, al ofensor y a la comunidad. Está basado en los principios de la nación original y esta siendo implementado en cuatro comunidades indígenas de Manitoba. Buscan una disculpa pública y un compromiso de comportamiento.
- ✓ ***COMUNNITY CONFERENCING PROGRAMME, Edmonton (Alberta):*** Este programa busca mantener a los jóvenes lejos del sistema judicial. Trabajan por medio de un foro donde el ofensor puede ser responsable y las víctimas tienen la oportunidad de expresar sus sentimientos y participar en la toma de decisiones. Los foros incluyen a la víctima, familias, un agente de policía y un mediador. El resultado son las disculpas y un acuerdo donde se fijan las actividades que el ofensor realizará para la restauración.
- ✓ ***CIRCLE SENTENCING (Yukon):*** Es una práctica aborígen en la cual se sientan la víctima, el victimario, el abogado defensor, el acusador, juez, oficial de policía, familias y comunidad en un círculo. En este las discusiones

giran alrededor de la mejor forma de tratar el caso para restablecer el derecho y lograr la rehabilitación.

En general bajo la sección 717 del Código Criminal y la 4 del Código de Jóvenes Ofensores de 1985 se creó la alternativa de resolución de conflictos por medio de la justicia restaurativa. Si se llega a un acuerdo antes de la acusación suspende los cargos, si es luego de ésta se tiene en cuenta para la sentencia, como un servicio comunitario.

4.9.2.1 Legislación

- ✓ **La sección 718 del Código Criminal**, R.S.C., 1985, c.C-46 (Canadá) contiene metas de la justicia restaurativa:

S718: El propósito fundamental de la sentencia es contribuir, junto con las iniciativas de prevención del crimen, al respeto de la ley y el mantenimiento de la justicia, paz y de una sociedad segura por la imposición de justas sanciones que tienen uno o más de los siguientes objetivos: (1) Asistir en la rehabilitación de los ofensores. (2) Proveer reparación del daño a las víctimas o la sociedad y (3) Promover un sentido de responsabilidad en los ofensores, y conocimiento del daño hecho a las víctimas y a la comunidad.

4.9.2.2 Resultados más notables

- ✓ Redujo la reincidencia.
- ✓ Las víctimas y victimarios se sienten más satisfechas en comparación a la aplicación de los métodos tradicionales.
- ✓ Con su utilización en algunos casos de acceso carnal violento e intento de asesinato, se constató su eficacia más allá de los delitos menores, presentándose como una solución con buenos resultados para casos de violencia severa.

4.9.3. CENTRO Y SUDAMÉRICA

Bolivia, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Perú y Venezuela, han orientado sus legislaciones respecto al tratamiento del menor infractor, de acuerdo con los principios restaurativos de la ONU planteados en las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas para la protección de los menores privados de libertad, y las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riyad) y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte, Guatemala y Panamá aprobaron sus leyes acorde con estos principios pero la primera la tiene suspendida y la segunda se aplica sólo parcialmente. Colombia y Ecuador están en etapa de transición, pero sus reformas no han implicado cambios sustanciales. En algunas provincias argentinas se desarrollan programas restaurativos, sin embargo, a nivel nacional los proyectos presentados en abril de 2002 están apenas en discusión.

En Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y Las Granadinas (los países del Caribe Oriental), la Agencia de Cooperación Internacional canadiense está adelantando un proyecto que busca, entre otros objetivos, implantar modelos restaurativos y alternativos para la resolución de conflictos. Es un proyecto a cinco años que se inició en el 2001.

4.9.3.1 Legislación

Todos los artículos citados a continuación son del respectivo código de justicia juvenil de cada país:

4.9.3.1 Bolivia¹⁰⁷

- ✓ **Prestación de servicios a la comunidad: *Artículo 243:*** Consiste en tareas prestadas gratuitamente por el adolescente en beneficio de la comunidad, en entidades asistenciales, hospitales, escuelas u otros establecimientos similares, así como en programas comunitarios o estatales, por un período no mayor a seis meses. Las tareas serán asignadas de acuerdo con las aptitudes del adolescente y deberán ser efectuadas en jornadas máximas de ocho horas semanales con las garantías previstas en el presente Código. Estas jornadas podrán cumplirse los días sábados, domingos y feriados o en días hábiles de la semana, de manera que no perjudiquen la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo. En ningún caso y bajo ningún concepto será aplicada esta medida sin que el Juez explique al adolescente los fundamentos y alcances de la misma.

4.9.3.2 Brasil¹⁰⁸

- ✓ **Obligación de reparar el daño: *Artículo 116:*** Tratándose de actos infraccionales con efectos patrimoniales, la autoridad podrá determinar, si fuera el caso, que el adolescente restituya la cosa, promueva el resarcimiento del daño, o por otra forma compense el perjuicio a la víctima. Parágrafo único: Habiendo manifestado imposibilidad, la medida podrá ser sustituida por otra adecuada.
- ✓ **Prestación de servicios a la comunidad: *Artículo 117:*** La prestación de servicios comunitarios consiste en la realización de tareas gratuitas de interés general por un período que no exceda de seis meses, junto a entidades asistenciales, hospitales, escuelas u otros establecimientos

¹⁰⁷ www.unicef.org/bolivia/.../legislation_2007.htm. - Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente. República de Bolivia. Ley N° 2026 del 27 octubre 1999.

¹⁰⁸ www.cejamericas.org/.../ESTATUTOBRASILEODELNINOADOLESCENTE.pdf. **ESTATUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE. Ley 8069**

similares, bien sea en programas comunitarios o gubernamentales. Parágrafo único: Las tareas serán atribuidas de acuerdo con las aptitudes del adolescente, debiendo ser cumplidas en una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos o feriados, o en días hábiles, de modo que no perjudiquen la frecuencia a la escuela o la jornada normal de trabajo.

- ✓ **Artículo 179:** Una vez presentado el adolescente, el representante del Ministerio Público, ese mismo día o a la vista del auto de aprehensión, comunicación de incidente o informe policial, debidamente actuados por la notaría judicial y con información sobre los antecedentes del adolescente, procederá de inmediato e informalmente a oírlo y, si es posible, también a sus padres, víctimas y testigos.

4.9.3.3 Costa Rica

Ley de Justicia Penal Juvenil¹⁰⁹

- ✓ **Artículo 7: Principios rectores:** Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. El Estado, en asocio con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades, promoverá tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las **víctimas** del hecho.
- ✓ **Artículo 34: El ofendido:** De conformidad con lo establecido en esta ley, la víctima podrá participar en el proceso y podrá formular los recursos correspondientes cuando lo crea necesario para la defensa de sus intereses; podrá estar representada por sí mismo o por un abogado.

¹⁰⁹ Tiffer S. Carlos. *Ley de Justicia Penal Juvenil, comentada y concordada. 2ª Edición. Editorial Juritexto. San José Costa Rica. 2004. Pág. 43*

- ✓ **Artículo 35: Ofendidos en delitos de acción privada:** Si un ofendido se considera perjudicado por un delito de acción privada podrá denunciarlo, directamente o por medio de un representante legal, ante el Juez Penal Juvenil, con las facultades y funciones del Ministerio Público, en cuanto sean aplicables. Todo esto sin perjuicio del derecho del ofendido de recurrir a la vía civil correspondiente, para que se le reparen los daños.
- ✓ **Artículo 36: Ofendido en delitos de acción pública perseguibles a instancia privada:** En la tramitación de delitos de acción pública, perseguibles sólo a instancia e interés del ofendido, se requerirá la denuncia conforme a las reglas establecidas en la legislación penal y procesal penal.
- ✓ **Artículo 55: Responsabilidad civil:** La acción civil para el pago de daños y perjuicios ocasionados por los hechos atribuidos al menor de edad, deberá promoverse ante el Juez competente, con base en las normas del proceso civil, independientemente de lo dispuesto en la resolución del Juez Penal Juvenil.
- ✓ **Artículo 68.- Acción penal juvenil:** La acción penal juvenil corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que esta ley y el Código Procesal Penal concedan al ofendido, tratándose de delitos de acción privada y de acción pública a instancia privada.
- ✓ **Artículo 99: Oralidad y privacidad:** La audiencia deberá ser oral y privada, so pena de nulidad. Se realizará con la presencia del menor de edad, su defensor, el ofendido y el Fiscal. Además, podrán estar presentes los padres o representantes del menor, si es posible; los testigos, peritos, intérpretes y otras personas que el Juez considere conveniente.

- ✓ **Artículo 113: Facultad de recurrir en apelación:** El recurso de apelación procede sólo por los medios y en los casos establecidos de modo expreso. Únicamente podrán recurrir quienes tengan interés directo en el asunto. En este sentido, se consideran interesados: el Ministerio Público, el ofendido, el menor de edad, su abogado, sus padres y el Patronato Nacional de la Infancia. El abogado y los padres de menores con edades comprendidas entre los doce y los quince años podrán recurrir en forma autónoma. En el caso de menores con edades comprendidas entre los quince y los dieciocho años, estas personas sólo podrán apelar subsidiariamente.
- ✓ **Artículo 117: Facultad para recurrir en casación penal:** Sólo podrán interponer el recurso de casación el Ministerio Público, el menor de edad, su defensor y **el ofendido**, con patrocinio letrado.
- ✓ **Prestación de servicio a la comunidad, Artículo 126:** La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general, en entidades de asistencia, públicas o privadas, como hospitales, escuelas, parques nacionales y otros establecimientos similares. Las tareas deberán asignarse según las aptitudes de los menores de edad, los cuales las cumplirán durante una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo. Los servicios a la comunidad deberán prestarse durante un período máximo de seis meses. La medida se mantendrá durante el tiempo necesario para que el servicio fijado se realice efectivamente o sea sustituido.
- ✓ **Reparación de daños: Artículo 127:** La reparación de los daños a la víctima del delito consiste en la prestación directa del trabajo, por el menor de edad en favor de la víctima, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por el delito. Para repararlo, se requerirá del consentimiento de la víctima y del menor de edad; además, la aprobación del Juez. Con el

acuerdo de la víctima y el menor de edad, la pena podrá sustituirse por una suma de dinero que el Juez fijará, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho. La sanción se considerará cumplida cuando el Juez determine que el daño ha sido reparado en la mejor forma posible.

4.9.3.4 El Salvador¹¹⁰

- ✓ **Artículo 35:** La acción civil para el pago de daños y perjuicio ocasionados por la infracción cometida por un menor, deberá promoverse ante el juez competente, con base en las normas del proceso civil, independientemente de lo dispuesto en la resolución del juez de menores. La responsabilidad civil derivada de un accidente de tránsito se deducirá con base en la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito.
- ✓ **Artículo 51.-** La persona directamente ofendida por la infracción podrá participar en el procedimiento, solamente para efecto de la conciliación o del desistimiento; además podrá estar presente en la vista de la causa. Iguales facultades tendrán el cónyuge o el conviviente, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y el adoptante o adoptado del ofendido cuando la infracción haya provocado la muerte de éste.
- ✓ **Artículo 72.-** Cuando la Fiscalía General de la República resolviera no promover la acción, o no cumpliera con el término establecido para la investigación, la parte ofendida o su representante legal, podrán solicitar al juez para que requiera del fiscal las diligencias de la investigación. Vistas las diligencias, si el juez considera que lo dispuesto por el fiscal está

¹¹⁰ www.childsrights.org/html/site_fr/law_download.php?id=193. Ley del Menor Infractor (DECRETO No 863). LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR

conforme a derecho, así lo declarará y notificará al que lo solicitó; caso contrario, recurrirá al fiscal para que promueva la acción, si no lo hiciere iniciará el trámite judicial e informará para efectos de las sanciones disciplinarias o penales a que hubiere lugar. Si el juez considera necesario ampliar la investigación, ordenará que se remitan las actuaciones a la Fiscalía General de la República, la que deberá ser realizada por un fiscal diferente al que la practicó inicialmente, en un período adicional que no podrá exceder de treinta días. Si ampliada la investigación, se ratificare la resolución inicial y ésta fuere conforme a derecho, el juez deberá resolver de conformidad a lo dispuesto por la Fiscalía General de la República.

- ✓ **Servicios a la comunidad *Artículo 13:*** Los servicios a la comunidad son tareas de interés general, que el menor debe realizar en forma gratuita. Las tareas a las que se refiere la presente disposición, deberán asignarse en lugares o establecimientos públicos, o en ejecución de programas comunitarios, que no impliquen riesgo o peligro para el menor, ni menoscabo a su dignidad, durante horas que no interfieran su asistencia a la escuela o a su jornada de trabajo.

- ✓ **La remisión *Artículo 37:*** El juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el delito estuviese sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo. Si el juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al menor a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará con el proceso.

- ✓ **La conciliación Artículo 59:** Admiten conciliación todos los delitos o faltas excepto los que afecten intereses difusos de la sociedad. El arreglo conciliatorio procede de oficio, a instancia de parte, a petición del ofendido o víctima, siempre que existan indicios o evidencias de la autoría o participación del menor, y no concurren causales excluyentes de responsabilidad; sin que ello implique aceptación de la comisión por parte del menor. La conciliación procede ante la Fiscalía General de la República o ante el juez de menores, mientras no se haya decretado la resolución que aplique medidas en forma definitiva al menor.

- ✓ **Artículo 60:** La conciliación es un acto voluntario entre el ofendido o la víctima y el menor, quienes son las partes necesarias en la conciliación. Para el cumplimiento de las obligaciones de contenido patrimonial podrá obligarse a cualquier persona. No podrá autorizarse la conciliación cuando vulnere el interés superior del menor.

4.9.3.5 Honduras¹¹¹

- ✓ **Artículo 186:** Las acciones civiles para el pago de perjuicios ocasionados por la infracción cometida por un niño deberá promoverse ante la jurisdicción civil, de acuerdo con las normas generales. Con tal fin, los juzgados ordinarios podrán solicitar al juez competente copia de la parte resolutive del fallo en que se declare a un niño como autor o partícipe de una infracción penal, con el solo objeto de fundamentar la acción civil correspondiente.

- ✓ **Artículo 231:** La víctima de la infracción cometida por un niño participará en el proceso en la forma establecida en el presente Código y demás leyes aplicables y podrá: (1) Denunciar la infracción ante el juzgado competente;

¹¹¹ www.bvs.hn/bva/fulltext/Leves_honduras.PDF. Honduras. CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. DECRETO NO.73-96.

(2) Aportar información y cualquier medio probatorio al juzgado que conozca de la causa; (3) Reclamar ante el Ministerio Público por las acciones u omisiones del Fiscal durante el proceso; y, (4) Hacer uso de los recursos que la ley señala.

- ✓ **Servicios a la comunidad Artículo 193:** "...consistirán en tareas de interés general que el niño deberá realizar en forma gratuita. Dichos servicios en ningún caso podrán exceder de seis (6) meses. Las tareas a que se refiere el párrafo anterior deberán cumplirse durante horas que no interrumpen su asistencia a la escuela o al trabajo y se prestarán en establecimientos públicos o durante la ejecución de programas comunitarios que no impliquen riesgo para el niño o menoscabo a su dignidad.
- ✓ **Obligación de reparar el daño Artículo 194:** La obligación de reparar el daño (...), nacerá cuando resulte afectado el patrimonio de la víctima. En tal caso, la autoridad competente podrá ordenar la devolución de la cosa, su reparación o el pago de una justa indemnización.

4.9.3.6 Nicaragua¹¹²

- ✓ **Artículo 98:** Son principios rectores de la Justicia Penal Especial del Adolescente, el interés superior del adolescente, el reconocimiento y respeto a sus derechos humanos, la protección y formación integral, la reinserción en su familia y en la sociedad y las garantías del debido proceso, lo mismo que la protección de los derechos e intereses de las víctimas u ofendidos del delito.

¹¹² www.oit.org.pe/.../codigo_de_la_ninez_y_la_adolescencia_nicaragua.doc. Código de la Niñez y la Adolescencia. Nicaragua

- ✓ **Artículo 121:** La víctima u ofendido será tenido como parte en el proceso y podrá interponer los recursos correspondientes cuando lo crea necesario para la defensa de sus intereses. Podrá comparecer por sí mismo o representada por un abogado.

- ✓ **Artículo 154:** La Procuraduría General de Justicia es el órgano encargado de realizar la investigación y de formular la acusación cuando exista motivo para hacerlo. Además aportará las pruebas que demuestren la responsabilidad del adolescente. Todo esto sin perjuicio del derecho que la víctima u ofendido tiene de acusar directamente por medio de un representante legal en los casos de delitos de acción privada y acción pública a instancia privada ante el Juez respectivo con las facultades, atribuciones y responsabilidades de la Procuraduría General de Justicia y del derecho de recurrir a la vía civil correspondiente, en cualquier clase de delitos. El Juez Penal de Distrito del Adolescente será el encargado de valorar el contenido de la acusación y controlar la legalidad de la actividad de la parte acusadora.

- ✓ **Artículo 160:** Cuando el representante de la Procuraduría General de Justicia solicite la desestimación o el sobreseimiento, el Juez Penal de Distrito del Adolescente, previo dictamen de la víctima u ofendido resolverá conforme a Derecho. De la resolución la Procuraduría y la víctima u ofendido podrán recurrir a la apelación, la cual se tramitará conforme al procedimiento ordinario del presente Código.

- ✓ **Prestación de servicios a la comunidad Artículo 199:** La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general en entidades de asistencia pública como hospitales, escuelas y parques. Las tareas deberán asignarse según las aptitudes del adolescente y se cumplirán durante cuatro horas semanales, como mínimo, procurando realizarse los sábados, domingos y días feriados o en días hábiles, pero sin

perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo y que no impliquen riesgos o peligros para el adolescente ni menoscabo a su dignidad. Los servicios a la comunidad deberán prestarse durante un período máximo de seis meses.

- ✓ **Reparación del daño Artículo 200:** La reparación de los daños a la víctima del delito consiste en resarcir, restituir o reparar el daño causado por el delito. Para repararlo, se requerirá del consentimiento de la víctima. Con el acuerdo de la víctima la medida podrá sustituirse por una suma de dinero que el Juez Penal de Distrito del Adolescente fijará, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios materiales ocasionados por el hecho. La medida se considerará cumplida cuando el Juez penal del Distrito del Adolescente determine que el daño ha sido reparado en la mejor forma posible.

4.9.3.7 Perú¹¹³

- ✓ **Artículo 215: Fundamentos.-** El Juez al emitir sentencia tendrá en cuenta:
 - a) La existencia del daño causado;
 - b) La gravedad de los hechos;
 - c) El grado de responsabilidad del adolescente; y
 - d) El informe del Equipo Multidisciplinario y el informe social.

- ✓ **Artículo 216: Contenido.-** La sentencia establecerá:
 - a) La exposición de los hechos;
 - b) Los fundamentos de derecho que considere adecuados a la calificación del acto infractor;
 - c) La medida socio-educativa que se imponga; y
 - d) La reparación civil.

¹¹³ www.monografias.com/.../códigos/códigos.shtml. Código de los Niños y los Adolescentes. República del Perú.

- ✓ **Artículo 219:** La sentencia será notificada al adolescente, a sus padres o responsables, al abogado, a la parte agraviada y al Fiscal, quienes pueden apelar en el término de tres días, salvo que se le imponga al adolescente la medida de internación la cual le será leída. En ningún caso, la Sentencia apelada podrá ser reformada en perjuicio del apelante. La parte agraviada sólo podrá apelar la reparación civil o la absolución. Admitido el recurso de apelación, el Juez elevará los autos dentro de veinticuatro horas contadas desde la concesión del recurso. La apelación no suspende la ejecución de la medida decretada.

- ✓ **Prestación de Servicios a la Comunidad Artículo 232:** La Prestación de Servicios a la Comunidad consiste en la realización de tareas acordes a la aptitud del adolescente sin perjudicar su salud, escolaridad ni trabajo, por un período máximo de seis meses; supervisados por personal técnico de la Gerencia de Operaciones de Centros Juveniles del Poder Judicial en coordinación con los Gobiernos Locales.

4.9.4 España

En España se viene implementando un sistema restaurativo de justicia, como solución al hacinamiento carcelario y como una manera de propiciar una participación más amplia de las víctimas en el proceso de justicia. Actualmente son más claros los mecanismos de este tipo de justicia en la legislación del menor.

4.9.4.1 Legislación

La ley Orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995 del Código Penal, tiene en cuenta el interés de la víctima o perjudicado cuando el hecho fue cometido por un menor, por ello el juez está facultado para incorporar a los autos, los documentos y testimonios relevantes de la causa principal.

Se introduce un principio de la responsabilidad solidaria del menor responsable de los hechos, con sus padres, tutores, acogedores o guardadores; principio que se extiende por la Ley 30 de 1992 y la Ley 35 de 1995, en los procedimientos de delitos graves cometidos por mayores de 17 años, un régimen de intervención del perjudicado que va a salvaguardar el interés de la víctima en el esclarecimiento de los hechos y su enjuiciamiento por el orden jurisdiccional competente.

Esta ley busca así una amplia intervención de las víctimas, que permite participar en la proposición y práctica pruebas, dejando en claro que el interés de la ley española es primordialmente la protección del menor, sin descartar la celebración de acuerdos por medio del resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y en los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución.

Un interés particular reviste en el contexto de la ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social que esencialmente está basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima, tienen en común que el ofensor y el perjudicado por la conducta delictiva llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa.

La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón.

En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más. El menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, mediante trabajos en beneficio de la comunidad o acciones adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.

4.9.5 Alemania

4.9.5.1 Legislación¹¹⁴

- Código de Derecho Penal (artículo 46a)
- Código del Procedimiento Criminal (artículo 153a)
- Acto Juvenil 1953 de la Justicia según la enmienda prevista por el Acto de 1990 (artículos 10, 15, 45 y 47)

La legislación Alemana autoriza el uso de la mediación para un gran número de propósitos, incluyendo el pago de la remuneración como opción de condena.

En Alemania hay quienes dudan del alcance del Art. 46a del Código de Derecho Penal y son escépticos frente a éste en los delitos graves, advirtiendo que deben circunscribirse a los delitos de menor importancia.

La ley alemana distingue entre las medidas existentes y dice que hay una estructura dual de éstas y que se encuentran disponibles para las autoridades

¹¹⁴ www.justiciarestaurativa.org

públicas de dicho país así: (1) La primera de estas categorías, se ocupa de la mediación y de la remuneración de la víctima por el delincuente. (2) La segunda categoría obtiene relevancia cuando el delincuente es formalmente condenado y hay sentencia.

Los artículos 45 y 47 del Acto Juvenil de 1953, tratan de la mediación entre la víctima y el delincuente, como alternativa eficaz para evitar el castigo y resocializar al menor de edad, logrando la reconciliación entre las partes y propiciando la disminución de delitos en los jóvenes y su reincidencia.

Los artículos 10 y 15 explican que el juez puede disponer de estos elementos alternativos de justicia, aduciendo que la mediación es un mecanismo educativo, y que para la disculpa del ofensor, sólo basta la buena voluntad por parte de ambas partes; además, estos artículos evidencian la bondad de la reparación de los daños ocasionadas frente al castigo como tal, anotando que el juez puede imponer al delincuente, medidas como la prestación de servicios a la comunidad o a la víctima misma como parte del resarcimiento de ese daño. Sin embargo, estas medidas en Alemania actualmente solo están aplicándose en un 2% de los casos y aún falta implementar la mediación para que ésta llegue a la mayoría de los casos.

En los adultos, el artículo 153a del Código de Procedimiento Criminal es aplicado a aquellas personas mayores de 21 años, en delitos de menor importancia, exigiéndose que el delincuente voluntariamente haga la restitución a la víctima o que al menos alcance una reconciliación con ésta por la mediación entre ellas.

Se logra de esta forma que el mayor de edad, con sus esfuerzos, alcance la reparación del daño ocasionado a la víctima y que al momento del juicio, el Juez, pueda atenuar la pena. La condena puede consistir en un encarcelamiento del menor o una multa.

Este mecanismo se puede aplicar a todas las ofensas, excepto a aquellas en las que no hay víctima específica, tales como ofensas por droga (víctima difusa porque se afecta el orden público), o aquellos casos en los que la víctima no se pudo identificar; situaciones que dificultan la reparación del daño.

4.10 OBJECIONES A LA JUSTICIA RESTAURATIVA

4.10.1 Objeciones a la Teoría de la Justicia Restaurativa

4.10.1.1 La justicia restaurativa significaría el fin del derecho penal como actividad punitiva radicada exclusivamente en la cabeza del Estado

Una de las críticas más agudas a la justicia restaurativa, se encuentra radicada en la obligación que de manera exclusiva tiene el Estado de administrar justicia. En el órgano jurisdiccional entonces, se concentra todo el ejercicio de la acción penal; así las cosas el Estado reivindica el daño causado con la comisión de una conducta que vulnera un bien jurídicamente tutelado, mediante la imposición de un castigo al ofensor o responsable del hecho punible, desplegando de esta manera el control social, entendido como “el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias”¹¹⁵.

En ese orden de ideas, la implementación de políticas de control social basadas en programas que apoyan la justicia restaurativa, desnaturalizarían el poder punitivo y la iniciativa de la acción penal que tiene el Estado, es decir, se le entregaría a la voluntad de las personas individualmente consideradas la iniciativa

¹¹⁵ KAISER, G. *Criminología*, citado por GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Manual de criminología*. Madrid: Editorial Espasa – Calpe, 1988. p. 105.

de la acción criminal; de ahí que se desvirtúe la protección general que el Estado debe brindar a todas las personas, perdiendo así su legitimidad y credibilidad.

4.10.1.2 No es posible calcular todos los daños y las consecuencias que acarreará este en la cotidianidad del individuo afectado

Se trata, en este evento de la determinación del “daño moral”, puesto que no se cuenta con criterios objetivos que guíen la apreciación del funcionario judicial penal al momento de determinarlos, caso contrario a lo que acontece frente a los perjuicios de orden material, respecto de los cuales se cuenta con mayores criterios legales para su determinación. En el daño moral, sin embargo, existen varias situaciones que deben ser tenidas en cuenta, como es el caso de la existencia de secuelas psicológicas derivadas de la ocurrencia de determinadas conductas punibles, que pueden revestir la forma de falta de sueño, afecciones nerviosas que generan desórdenes alimenticios, delirios de persecución, estrés, entre otros, circunstancias que han de tenerse en cuenta al momento de determinarse los perjuicios, y que en un proceso restaurativo podrían pasar desapercibidas, al no ser debidamente valoradas.

4.10.1.3 Se desconocen algunas garantías del debido proceso de origen democrático

En la teoría de la justicia restaurativa, se desconocen dos de las garantías procesales fundamentales, cuales son, “*la presunción de inocencia*” y “*el derecho de defensa*”, en virtud de la primera el imputado, quien hasta entonces se consideraba inocente, ingresa al proceso restaurativo, declarándose responsable, y por ende, rechazando la posibilidad de asesorarse de un profesional. En consecuencia, el derecho de defensa se circunscribiría, en la justicia restaurativa, a asesorar el proceso de restitución, reduciéndose el proceso penal a una negociación entre los intervinientes, respecto de los cargos y la pena a imponerse.

4.10.1.3 Serán necesarias medidas coercitivas, que indefectiblemente pugnan con los modelos restaurativos de justicia

El Estado como titular del *jus puniendi* ejerce lo que se conoce como control social directo, a través de las entidades establecidas para ello en la Constitución y en la ley, se trata del “*disciplinamiento de los comportamientos humanos en el seno de la sociedad, logrando de esta manera asegurar el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que garantizan la convivencia*”¹¹⁶. De esta forma el Estado utiliza la coerción, es decir, una presión para adaptar la conducta exterior de la personas conforme al ordenamiento jurídico.

Se requiere la coerción para adecuar la conducta de los individuos a la norma, y también para que cuando el Estado ejerza la actividad punitiva, las decisiones tomadas bajo su exclusiva facultad de administrar justicia puedan ser impuestas a sus destinatarios, de ahí que se establezcan “*mecanismos reguladores que representan el poder político – estatal, tal como sucede con los tribunales y la policía*”¹¹⁷.

Los modelos restaurativos de justicia se caracterizan por la participación voluntaria de los involucrados, de ahí que el ofensor debe asumir su responsabilidad frente a la realización de un hecho punible y conscientemente, debe acordar la mejor forma de solucionar el conflicto y reparar el daño causado con la vulneración al bien jurídicamente tutelado. Empero, algunos métodos restaurativos carecen de una ejecutividad apoyada por los organismos institucionales, de tal suerte que el cumplimiento de los acuerdos queda librado a la dinámica de los procesos restaurativos, dentro de los cuales debe existir una

¹¹⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal, parte general*. Bogotá: Editorial Temis, 1997. p. 7.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 7.n

comisión encargada de velar por el cumplimiento de los acuerdos restaurativos, que muchas veces no puede cumplir su objetivo.

4.10.2 Objeciones a la Práctica de la Justicia Restaurativa

4.10.2.1. Las víctimas y los ofensores podrían no identificarse

El delito se estructura como un conflicto de intereses y en la mayoría de las oportunidades, la víctima y el ofensor no están en igualdad de condiciones, de ahí que propiciar un acuerdo que sea equitativo para ambos, constituye uno de los problemas sociales de la justicia restaurativa.

Uno de los factores de riesgo, es el ejercicio arbitrario de la violencia, en contra de las familias de víctimas y ofensores, así como en contra de otras personas que se pronuncien a favor de los derechos de algunos de los intervinientes. Ocurren tanto con la marginalidad que se genera por la carencia de recursos económicos.

La práctica restaurativa, debe velar también por el ofensor, para que no tenga temor de identificarse y pueda cumplir uno de los objetivos primordiales de la justicia restaurativa, es decir, encontrar soluciones de reparación y arrepentimiento por parte del ofensor, consiguiendo que éste vea a sus víctimas como personas y no como objetos aleatorios del delito.

La posible falta de identidad dentro de los procesos restaurativos, no sólo podría asociarse a la inseguridad de los programas, debido a situaciones de pobreza ó al conflicto criminal por el que atraviesa nuestra sociedad, sino también a la renuencia en la que podrían incurrir algunas víctimas a tener contacto con el ofensor, por el miedo a la revictimación, así como la resistencia que podría poner este último para aceptar cualquier tipo de responsabilidad y reproche. En este

último evento podrían presentarse dificultades a la hora de buscar una compensación de parte de quienes causan el perjuicio.

4.10.2.2. Las culturas individualistas y pluralistas, impedirán que la justicia restaurativa trabaje

La pluralidad de doctrinas y de opiniones podría afectar el desarrollo de la práctica restaurativa en la sociedad costarricense, por cuanto ésta es producto de una evidente diversidad sociocultural, la cual comprende un número importante de razas, credos, partidos políticos entre otros movimientos y asociaciones, los cuales pese a estar amparados por un mismo ordenamiento jurídico, por una misma carta política y por un mismo sistema penal, en muchas ocasiones plantean sus propios mecanismos y técnicas para solucionar sus conflictos, pudiendo resultar paradójicamente aparatoso el uso de mecanismos tales como los círculos, la mediación, las conferencias de grupo familiar, entre otros mecanismos por sus circunstancias culturales donde sentimientos como el honor y la dignidad, por ejemplo, podían jugar un papel importante en la evolución de estas técnicas en cuanto a grupos étnicos se refiera, por estas razones en algunos países existen jurisdicciones especiales como la indígena, para proteger y respetar sus estructuras políticas, exigiéndoles obviamente ajustarse al ordenamiento jurídico.

4.10.2.3 Se podría caer en el error de confundir la justicia restaurativa con la justicia comunitaria

Es posible que en el desarrollo de este modelo de justicia, al emplear técnicas como diálogos ó conferencias de grupos familiares, se confunda con la justicia comunitaria, ya que, ambas figuras comparten las siguientes características: (1) Solución colectiva del conflicto. (2) Los participantes no son reconocidos dentro del conflicto individualmente, sino relacionados con la colectividad. (3) El medio de solución es consensual, es decir, no necesitan elegir la forma de solución

acudiendo a quórum decisorio, es una cuestión entre las mismas partes. (4) No requieren jueces del derecho necesariamente para plantear una solución, pueden valerse de personas o profesionales instruidos en el tema. (5) Las fuerzas del Estado solo intervienen en ellos para equilibrar la balanza de las partes.

4.10.2.4 La práctica de la justicia restaurativa puede conllevar, paradójicamente, a procesos más lentos

La justicia restaurativa, toma más tiempo y preparación que los procedimientos rutinarios porque se debe construir una solución que tenga en cuenta el apoyo a la comunidad involucrada y representar una solución consensuada que resuelva el problema subyacente del delito, esto en muchas ocasiones exige una solución compleja, porque se trata de transformar las relaciones y no únicamente de resolver las consecuencias inmediatas del delito.

4.10.2.5 La justicia restaurativa no puede operar para el homicidio o para ofensores peligrosos

La legislación penal, reconoce la importancia y diferente cualificación de los bienes jurídicos tutelados, estimando que cada uno de ellos comporta diferente naturaleza, gravedad, tipo de daño (marcadamente social o marcadamente individual), entre otros; de ahí que se penalicen de manera diferente atentados en contra de las instituciones y en contra de los particulares; regulación que en su esencia protege una razón de Estado.

Dicha tipificación que configura las ofensas como graves y a sus realizadores como ofensores peligrosos, implican, la mayoría de las veces, una alta penalización, por el daño personal y social, así como por la motivación que inspiran tales comportamientos, que en algunas oportunidades puede ser de naturaleza política o claramente antisocial, eventos en los cuales se haría

nugatorio el intento de lograr un arrepentimiento, requisito esencial de la justicia restaurativa.

4.10.2.6. Funcionamiento de la justicia restaurativa en los delitos culposos

En los llamados delitos culposos, existe un problema difícil de resolver, pues, su formulación parte de un *“nexo hipotético de culpabilidad”*, según el cual cada uno de los asociados debe ser llamado a responder por el comportamiento de un *“hombre medio”*, que debe estar al tanto de las diferentes fuentes de deberes objetivos de cuidado (reglas), cuando en realidad las personas desconocen los deberes y derechos que se derivan de estas reglamentaciones.

Así las cosas, es por lo menos impertinente estimar que el ofensor de éstos comportamientos culposos, se vincule a un proceso restaurativo, reconociendo su responsabilidad y procurando la restitución de un daño, que en la mayoría de las ocasiones ni siquiera se representó.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

1. La Justicia Restaurativa es una nueva teoría de la justicia penal, que resurge ante las contradicciones e inoperancia de la Justicia Retributiva y propone devolver su papel central a la víctima del delito, entendiendo que es necesario reparar el daño personal y social causado con el mismo, el cual no se satisface con la Justicia Ordinaria, donde la víctima se vuelve un instrumento para lograr los fines estatales.
2. La Justicia Restaurativa, conocida mejor como un conjunto de prácticas, métodos o procedimientos, es un concepto en construcción que permite por su flexibilidad, su adopción en diferentes sistemas penales contemporáneos, llegando a constituir una posible complementariedad con la Justicia Ordinaria, como lo ha sido en muchas de las leyes de la Justicia Penal Juvenil de varios países, inclusive Costa Rica.
3. El proceso restaurativo en una primera fase podría constituirse como complemento de la Justicia Penal; pero en una segunda fase, podría emerger como un sistema paralelo o alternativo del sistema de justicia predominante en Costa Rica, brindando la oportunidad a los jueces, de enviar los casos que consideren viables, a ser resueltos por medio de procesos restaurativos.
4. En la Justicia Restaurativa el concepto “*resocializar*” implica que el infractor se reconcilie consigo mismo, con su víctima y con la sociedad, se trata de colmar una restitución o restablecimiento no sólo de índole indemnizatorio, sino que asuma un compromiso integral, toda vez que de no ser así bastaría

con el simple ejercicio de las acciones civiles, distanciando aún más a la víctima de su papel protagónico en el proceso penal.

5. Son variadas las teorías y opciones legislativas que se han propuesto desde la década de 1970 en los países latinoamericanos, de cara al uso "alternativo del derecho" y pese a que no se han posibilitado cambios drásticos, si es innegable que la mayoría de estos países se han dejado permear al incluir elementos consensuados frente a algunas ofensas calificadas como leves.
6. La forma en que la justicia restaurativa plantea el restablecimiento del derecho, es quizás su mayor aporte, pues, amplía el concepto de partes interesadas en el proceso, indicando que son primarias y secundarias, explicando a su turno la importancia de que todas participen en el proceso restaurativo.
7. El modelo integrador de la pena enfatiza en distintos fines, se incluye una respuesta al delito y una solución restaurativa al conflicto subyacente, la reparación integral del daño causado a las víctimas y la pacificación de las relaciones sociales.
8. La Justicia Restaurativa no solo es aplicada en el proceso de investigación de un imputado(a), se puede aplicar procesos restaurativos a las personas sentenciadas, para lograr el fin de la pena.

5.2 Recomendaciones

1. Es necesario la creación de un Centro de Investigación y Estudio de la Justicia Restaurativa, dirigido por una Organización No Gubernamental, que pueda realizar propuestas de modificación o inclusión de figuras jurídicas, basadas en los fundamentos de la Justicia Restaurativa, así como el estudio y la capacitación en esta teoría de justicia.
2. Capacitar a los operadores de justicia, en los fundamentos y valores de la Justicia Restaurativa, para evitar confusiones a la hora de utilizar figuras jurídicas, que no encuentran asidero en los principios de Justicia Restaurativa.
3. La divulgación de los principios y valores de la Justicia Restaurativa, por parte de las organizaciones no gubernamentales, capacitadas en este tema, en los medios de comunicación, la academia, los colegios de profesionales, es fundamental para lograr un cambio en el pensamiento en los actores principales del sector justicia.
4. Realizar investigaciones a nivel mundial de los beneficios de la Justicia Restaurativa, que contribuyan al cambio de mentalidad de los defensores de una justicia represiva.

Bibliografía Consultada

Textos:

Araujo G. Ana Margarita. **“Negociación, Mediación y Conciliación: Cultura de diálogo para la Transformación de los conflictos”** Editorial IJSA. 2ª Ed. San José – Costa Rica. 2005.

Burgos, M. Álvaro. **“El trabajo en beneficio de la comunidad como alternativa de prisión”**. 1ª ed. Editorial Sapiencia. San José – Costa Rica. 2005

CONAMAJ. **“Justicia Restaurativa en Costa Rica”**. Editorial Gossestra Intl. 1ª ed. Poder Judicial. San José – Costa Rica.

Guier E. Jorge E. **“Historia del Derecho”**. Editorial UNED. 2ª ed. San José – Costa Rica. 1993.

Houed V. Mario. **“Procesos Alternativos”** Escuela Nacional de la Judicatura. 2005.

Méndez R. Odilón. **“La Investigación Científica”** Editorial IJSA. 2ª ed. San José – Costa Rica. 2002.

Murillo R. Roy. **“Ejecución de la Pena”** CONAMAJ. 1ª ed. San José – Costa Rica. 2002.

Neuman Elías. **“Mediación Penal”** 2ª ed. Editorial Universidad. Buenos Aires – Argentina. 2005.

Ottoboni Mario. **“¿Vamos a matar al Criminal? Método APAC”**. 1ª ed. Editorial PFI. Washington, DC – EEUU. 2002

Pranis Key. **“Manual para Facilitadores de Círculos”**. CONAMAJ. San José – Costa Rica.

Rojas A. Víctor. **“Filosofía del Derecho”** 1ª ed. Editorial HARLA. México, D.F. – México. 1991

Rosental, M.M. **“Diccionario Filosófico”** Ediciones Pueblos Unidos. Buenos Aires – Argentina. 1990.

Van N. Daniel **“Restoring Justice”** Editorial Lexis Nexis. 3ª ed. Washington DC – USA. 2006.

Velásquez, Fernando. **“Derecho penal, parte general”**. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 1997

Vegel Georges. **“Justicia y Derecho”**. Editorial Salvat. Madrid – España. 1974.

Conferencias:

Arias, Doris M^a. **“Reflexiones Teóricas y Prácticas sobre la Reparación del Daño Causado y la Justicia Restaurativa”**. Primer Congreso de Justicia Restaurativa. CONAMAJ. San José – Costa Rica. 2005.

Calzada, Virginia. **“Palabras de Apertura”** Primer Congreso de Justicia Restaurativa. CONAMAJ. San José – Costa Rica. 2006.

Durán Douglas. **“El Sistema Penal Costarricense de Cara al Paradigma de la Justicia Restaurativa”**. Primer Congreso de Justicia Restaurativa, San José – Costa Rica, junio 2006

Llobet, Javier. **“¿Justicia Restaurativa y Derecho Penal Mínimo en Costa Rica?”** Primer Congreso de Justicia Restaurativa. CONAMAJ. San José – Costa Rica. 2006.

Mora Mora, Luis Paulino. **“Conferencia Inaugural”** Primer Congreso de Justicia Restaurativa. CONAMAJ. San José – Costa Rica. 2006.

Parker, Lynette. **“El Uso de Prácticas Restaurativas en América Latina”** Primer Congreso de Justicia Restaurativa. CONAMAJ. San José – Costa Rica. 2006.

Parker, Lynette. **“Concepto y Principios de Justicia Restaurativa”**. Asamblea Regional de los Ministerios Latinoamericanos de la Confraternidad Carcelaria Internacional, Guayaquil – Ecuador, Setiembre, 2006

Mccol Paul y Wachtel Ted. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto del 2003, en Río de Janeiro, Brasil. En

Van N. Daniel. **“Principios y Desarrollos Actuales de la Justicia Restaurativa”**. Primer Congreso de Justicia Restaurativa. CONAMAJ. San José – Costa Rica. 2006.

Legislación

Costa Rica, Constitución 1949. **“Constitución Política de Costa Rica”**. 29 ed. Editorial IJSA. San José Costa Rica. 2008.

Leyes de Costa Rica. **“Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social”** 4ª ed. Editorial Editec Editores. San José – Costa Rica. 2005.

Llobet, R. Javier. **“Proceso Penal Comentado”**. 3ª ed. Editorial Continental. San José – Costa Rica. 2006.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **“Manual de Buena Práctica Penitenciaria”** IIDR. San José – Costa Rica. 1998.

Tiffer Carlos. **“Ley de Justicia Penal Juvenil Comentada y Concordada”**. 2ª ed. Editorial Juritexto. San José – Costa Rica. 2004.

Zúñiga, M. Ulises. **“Código Penal reenumerado y concordado”**. 21 ed. Editorial IJSA. San José – Costa Rica. 2008.

Referencias virtuales:

Ley 8720 publicada en el periódico oficial la gaceta N° 77 del 22 de abril del 2009. En www.lagaceta.go.cr

Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente. República de Bolivia .Ley N° 2026 del 27 octubre 1999. En www.unicef.org/bolivia/.../legislation_2007.htm.

Ley del Menor Infractor (DECRETO No 863). LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. En www.childsrights.org/html/site_fr/law_download.php?id=193.

Honduras. CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. DECRETO NO.73-96. En www.bvs.hn/bva/fulltext/Leyes_honduras.PDF

Código de la Niñez y la Adolescencia. Nicaragua En www.oit.org.pe/.../codigo_de_la_ninez_y_la_adolescencia_nicaragua.doc

Mccol Paul y Wachtel Ted. Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología, del 10 al 15 de agosto del 2003, en Río de Janeiro, Brasil. En www.restorativepractices.org

Vidal, Hernán. Mediación Penal, una forma alternativa de resolver el conflicto. En <http://www.eco.unlpam.edu.ar/ponencia/Guillermo/vidal.htm>

Zehr Howard. Fundamental Concepts of Restorative Justice. Akron, Pennsylvania Menonite Central Cominite, 1997, En www.justiciarestaurativa.org

www.pfi.org

www.restorativepractices.org

www.restorativejustice.org.nz

Otros:

Brenes, Carlos. “**Plan Operativo Anual 2007 APAC de Costa Rica**” San José – Costa Rica.

Confraternidad Carcelaria Internacional. “**Manual para iniciar una prisión basada en el modelo APAC**”. Estados Unidos. 2001

Confraternidad Carcelaria Internacional. “**Manual Proyecto Árbol Sicómoro**”. Estados Unidos. 2001

Llanos, Ramiro. “**Antología Maestría en Administración Penitenciaria**” Módulo de Justicia Restaurativa. Universidad de La Paz. Bolivia. 2009.

Velez Mario. “**Seminario de Capacitación Método APAC**”. Confraternidad Carcelaria Internacional. Agosto 2000.