

JUSTICIA RESTAURATIVA, UN CAMBIO DE PARADIGMA FRENTE AL MODELO TRADICIONAL DE JUSTICIA

Por Irma Alfonso de Bogarín (1)

1. Introducción

Es un hecho notorio que el modelo tradicional de justicia penal retributiva tiene serias limitaciones para servir de solución en la creciente violencia social, por lo que se generan corrientes que plantean la necesidad de implementar nuevos modelos de reacción o respuesta estatal al hecho punible. Así surge la justicia restaurativa definida por las Naciones Unidas, como una respuesta evolucionada al delito que respeta la dignidad y equidad entre las personas, constituye comprensión y promueve armonía social a través de la sanación de la víctima, el infractor y la comunidad.

Dentro de un proceso de esta naturaleza afloran estos aspectos, bases de la justicia restaurativa:

1. El delito perjudica a las personas y a la comunidad
2. El daño implica una obligación, la de

(1) Miembro del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia. Miembro de la Red Internacional de Jueces de La Haya, especializada en la Protección Internacional de la Niñez. Representante de la Corte Suprema de Justicia como operadora de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica (IberRed). Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA) y de la Escuela Judicial del Paraguay.

3. Reparar el daño

2. Instrumentos que aportan claras directrices para la justicia restaurativa

2.1 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Existe una pluralidad de fuentes jurídicas, tanto de orden internacional como de orden interno, que contienen los lineamientos básicos para tratar los casos de trasgresiones a la ley penal con la instalación de la justicia restaurativa. Así la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a nuestro sistema jurídico, con su ratificación por Ley N° 57/90, ha significado importantes cambios en el abordaje de los adolescentes en conflicto con la ley penal y proporciona las bases para la justicia restaurativa.

En primer lugar, el reconocimiento del niño como sujeto de derecho frente a la familia, la sociedad y el Estado, con autonomía progresiva para ejercerlo.

Como contrapartida, la condición de sujeto de derecho también implica su consideración de responder por los actos que comete, en dar respuesta como autor del hecho ante otro u otros, en este caso la víctima y la comunidad. Es decir, a él le compete hacer el esfuerzo de procurar vivir sin violar las normas sociales. Si así no lo hiciera y comete un hecho punible, ha de responsabilizarse de tal hecho; esto es hacerse cargo de los perjuicios que ha provocado, por ende, hacer algo para compensar el daño o restituir el bien dañado.

Esta Convención prevé, además, otra regla muy importante para este modelo, la desjudicialización o desformalización al prescribir: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: ... b) siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”* (Art. 40.3.b).

2.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La doctrina de la Corte IDH aclaró que: “Es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquellos”(2).

Por su parte, la Opinión Consultiva N° 17/2002 hizo mención expresa a la desjudicialización señalando: “Las normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del Artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

Asimismo reitera en el caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay: “A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos: **1. En primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales;** 2. En el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3. Dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños”. (Párrafo 211, Sentencia del 2 de setiembre del 2004).

2.1.2 Comité de los Derechos del Niño.

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 10 expresa: “El Comité opina que es obligación de los Estados Partes promover la

(2) O. C. N° 17/2002. Sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

adopción de medidas en relación con los niños que tienen conflicto con la justicia que no supongan el recurso a procedimientos judiciales, si bien esa obligación no se limita a los niños que cometan delitos leves, como el hurto en negocios otros delitos contra la propiedad de menor cuantía, o a los menores que cometan un delito por primera vez... de acuerdo con los principios enunciados en el párrafo 1 del Artículo 40 de la Convención, **es preciso tratar todos esos casos sin recurrir a los procedimientos judiciales en la legislación penal.** Además de evitar la estigmatización, este criterio es positivo tanto para los niños como para la seguridad pública, y resulta más económico”.

“Los Estados Partes deben adoptar medidas en relación con los niños que tiene conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales en el marco de su sistema de justicia de menores, velando por que se respeten plenamente y protejan los derechos humanos de los niños y las garantías legales (Art. 40.3. b)”.

2.2 Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia penal juvenil (Reglas de Beijing).

En particular, estas Reglas, reconocen las especiales carencias del joven infractor y, por tanto, la necesidad de un proceso flexible, que abra diversas opciones a la judicialización.

Insiste en que la institucionalización debe ser la última medida y siempre por un periodo breve.

Declara inoportunas las soluciones exclusivamente punitivas.

Busca intencionalmente la desjudicialización al disponer: “Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente”. (R 11.1).

“La policía, el ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas”. (R 11.2).

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

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

Este instrumento recomienda especialmente los programas que entrañan el avvenimiento mediante la indemnización a la víctima.

Se incluyó dentro de las recomendaciones a la justicia restaurativa conforme surge claramente en los comentarios a dichas Reglas al señalar: *“La remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo.*

Como se prevé en la Regla 11.2, la remisión puede utilizarse en cualquier momento del proceso de adopción de decisiones por la policía, el Ministerio fiscal u otros órganos como los tribunales, juntas o consejos. La remisión pueden realizarla una, varias o todas las autoridades, según las reglas y normas de los respectivos sistemas y en consonancia con las presentes Reglas. No debe limitarse necesariamente a los casos menores, de modo que la remisión se convierta en un instrumento importante.

La Regla 11.3 pone de relieve el requisito primordial de asegurar el consentimiento del menor delincuente (o de sus padres o tutores) con respecto a las medidas de remisión recomendadas (la remisión que consiste en la prestación de servicios a la comunidad, sin dicho consentimiento, constituiría una infracción al

Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso). No obstante, es necesario que la validez del consentimiento se pueda impugnar, ya que el menor algunas veces podría prestarlo por pura desesperación. La Regla subraya que se deben tomar precauciones para disminuir al mínimo la posibilidad de coerción e intimidación en todos los niveles del proceso de remisión. Los menores no han de sentirse presionados (por ejemplo, a fin de evitar la comparecencia ante el tribunal) ni deben ser presionados para lograr su consentimiento en los programas de remisión. Por ello, se aconseja que se tomen disposiciones para una evaluación objetiva de la conveniencia de que intervenga una "autoridad competente cuando así se solicite" en las actuaciones relativas a menores delincuentes. (La "autoridad competente" puede ser distinta de la que se menciona en la Regla 14).

La Regla 11.4 recomienda que se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales. Los antecedentes de fondo de los casos particulares determinarán el carácter adecuado de la remisión, aun cuando se hayan cometido delitos más graves (por ejemplo, el primer delito, el hecho que se haya cometido bajo la presión de los compañeros del menor, etc.)".

Por su parte ordena: "Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras órdenes pertinentes". (R 18.1).

2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta Convención reconoce y declara el derecho del adolescente infractor a que el sistema promueva su rehabilitación con la participación de la comunidad.

2.4 Reglas de Brasilia.

Constituye aspiración de estas Reglas: “Impulsar las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo.

La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia”. (R. 43.1).

2.5 Carta Iberoamericana de los Derechos de las Víctimas.

En armonía este instrumento que dimana de la Cumbre Judicial Iberoamericana de Presidentes de Corte y Presidentes de la Escuela Judicial reconoce este mecanismo al disponer: “*Las víctimas tienen derecho a una justicia reparadora, que tiene como prioridad satisfacer sus intereses y necesidades, reparar el perjuicio que se le haya causado e impedir que se le siga haciendo daño en el futuro. Debe informársele de los riesgos y beneficios de esas actuaciones, para que opere un efectivo consentimiento informado. Los procesos reparadores deberán tomar en consideración las características y necesidades particulares de las víctimas y las condiciones de vulnerabilidad adicionales que les afecten.*

Asimismo, tienen derecho a recibir abordajes y respuestas restaurativas en todas las etapas de los procesos judiciales, como medio para alcanzar la reparación del conflicto social causado, así como se le faciliten los procesos de reintegración y sanación una vez finalizado este”. (Art. 9).

“*La víctima tiene derecho a la indemnización económica por los daños y perjuicios ocasionados con el delito o hecho ilícito y ha de ser proporcional a la gravedad de las circunstancias y al daño sufrido. El Sistema de Administración de Justicia procurará que el Estado disponga de los fondos para la indemnización de las víctimas, cuando el responsable del delito no dispone de recursos financieros necesarios o no se ha podido identificar o procesar al autor del hecho”. (Art. 9.1).*

2.6 Código de la Niñez y la Adolescencia.

El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 1680/01, discurre pendularmente entre estos enfoques creando un nuevo sistema de reacción ante las infracciones a la ley penal cometidos por adolescentes, otorgándole todas las garantías y derechos reconocidos a los adultos más un plus por su condición de persona en pleno proceso de desarrollo (Ver Libro V).

Entre las diversas garantías se enfatiza la posibilidad de: *prescindir de la persecución penal*, fundamento legal de varias instituciones alternativas para la desjudicialización, tales como el instituto de la remisión, criterio de oportunidad, suspensión condicional del procedimiento, conciliación y la justicia restaurativa, pues resulta necesario reconocer que no todos los hechos punibles se deben desahogar dentro del procedimiento penal. Es necesario buscar mecanismos alternativos; si estos no resultan aptos ni suficientes para resolver el conflicto es cuando el régimen penal de la adolescencia establece que debe acudir a la intervención del derecho penal.

3. Justicia restaurativa. Marco teórico conceptual

La justicia restaurativa es una herramienta eficaz donde los actores centrales: infractor, víctima y sociedad hacen un esfuerzo para encontrar la paz social ante la alteración de las relaciones dañadas por la comisión de una conducta antisocial realizada por un menor de edad.

Con ella se pretende dar satisfacción a la víctima, ante la posición de responsabilidad y compromiso del ofensor, evitando así la reincidencia delictiva en comparación con los métodos judiciales tradicionales.

Se trata de un sistema, donde tanto el ofendido como el adolescente y la propia comunidad que sufre el impacto del hecho punible, intervienen buscando soluciones para reparar la relación destruida por la realización de una conducta antisocial, otorgando a la persona en edad evolutiva la oportunidad de restaurar el vínculo social roto por su conducta y reinsertarse positivamente en la vida social.

Pretende confrontar, con la ayuda de equipo interdisciplinario expertos en la materia, al autor del hecho con la víctima a través de diversas pláticas restaurativas, para tomar conciencia de los daños producidos.

Otorga un mayor protagonismo de la víctima, pues a través del diálogo conoce los motivos que llevó al autor, a cometer el hecho antisocial, lo incorpora en un proceso de recuperación y sanación eliminando los temores hacia una nueva victimización.

La filosofía de este modelo se resume en las tres R: **Responsabilidad del autor**, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; **Restauración de la víctima**, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; **Reintegración del infractor**, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el hecho ilícito.

El sistema de justicia restaurativa, ha sido puesto en práctica en varios países, formando parte de una cultura jurídica en: Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Nueva Zelanda, Portugal, Estados Unidos de Norte América, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua y Perú.

4. ¿Qué es la justicia restaurativa?

La Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, sobre principios básicos para la utilización del programa justicia restaurativa en materia penal define como: *“Todo proceso en que la víctima, el delincuente y cuando proceda, cualquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan 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 puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversación y las reuniones para decidir sanciones.

Esta Resolución del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas entiende por resultado restaurativo aquel acuerdo logrado como consecuencia del proceso. Entre los resultados 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.

Las partes, según esta Resolución, son la víctima, el infractor y otras personas o miembros de la comunidad afectados por el delito, que participan en un proceso restaurativo, con acompañamiento de un **facilitador**, persona que tiene

como función promover de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo.

Otras definiciones: “La justicia restaurativa es un modo de resolución de cuestiones de naturaleza penal, de carácter no punitivo, reparativo y deliberativo a través de un proceso que comprende a la víctima, el ofensor y representantes de la comunidad... se trata de la restauración de las relaciones mediante una resolución deliberativa, originada en un hecho que produjo un daño de naturaleza penal, a través de un proceso que involucra a la víctima, el ofensor y representantes de la comunidad... Es la restauración de los vínculos sociales, sobre la base de la equidad y de la dignidad humana, en el contexto de la resolución del diferendo suscitado por el hecho ilícito mediante un proceso deliberativo que comprende al ofensor, la víctima y las comunidades pertinentes”(3).

Para Ceretti, un autor italiano, la justicia restaurativa es el paradigma de una “justicia que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo” (4).

Tony Marshall, define la justicia restaurativa como “un proceso de diálogo, en el que todas las partes implicadas en un determinado delito resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro”, la describe del siguiente modo: “medidas que han sido diseñadas para dar a las víctimas de un delito la oportunidad de decir a su ofensor el impacto que esa ofensa ha causado en ella y en su familia, e incita al ofensor a aceptar su responsabilidad, y a reparar el daño causado. Sus objetivos generales son: reducir la reincidencia, restaurar las relaciones entre la víctima y el ofensor que fueron perturbadas por el delito y mejorar las experiencias de la víctima con el sistema judicial penal” (5).

Según Zehr, uno de los pioneros en esta materia, la justicia restaurativa “es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan

(3) Bruce Archibald. *Democracia en Justicia Restaurativa*, p. 114.

(4) En Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Justicia Restaurativa*. Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 112.

(5) Obra citada, p. 113.

interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, las necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible” (6).

5. Principios básicos para la aplicación del programa

La ONU ha formulado los siguientes principios básicos para la aplicación de este programa:

5.1 Flexibilidad.

La justicia restaurativa da lugar a una variedad de medidas flexibles que adaptar y complementar en el régimen penal de la adolescencia.

Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del proceso. Esto es antes, durante o después del proceso judicial.

5.2 Voluntariedad.

Para participar en encuentros restauradores son fundamentales la voluntad del ofensor y de la víctima, quienes previamente deben recibir información detallada de los derechos que les asisten, tanto para iniciar como para abandonar el procedimiento en cualquier momento. No deben ser coaccionados ni inducidos para formar parte del proceso restaurativo.

En otras palabras, las prácticas restaurativas solo pueden funcionar sobre bases voluntarias, tanto para participar del mecanismo como en la aceptación del resultado. Es decir, no pueden ser impuesto ni a la víctima ni al ofensor.

La necesidad del consentimiento es enfatizada en las Reglas de Tokio al disponer: “las medidas no privativas de libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, **requerirán su consentimiento**” (7), recaudo que implica consentimiento informado para que el programa no sea violatorio de los derechos humanos.

(6) Howard, Zehr. El pequeño libro de la justicia restaurativa, p. 45.

(7) Regla 3.4.

A veces el idioma dificulta el entendimiento por lo que si no se maneja correctamente la lengua se le debe garantizar la presencia de un traductor. Así en los procesos a los indígenas deben ser desarrollados en su idioma.

En relación a este aspecto, el CRC en su Observación General N° 10 expresa: *“El niño debe dar libre y voluntariamente su consentimiento por escrito a la remisión del caso, y el consentimiento deberá basarse en información adecuada y específica sobre la naturaleza, el contenido y la duración de la medida, y también sobre las consecuencias si no coopera en la ejecución de esta.”*

Con el fin de lograr una mayor participación de los padres, los Estados Partes también pueden considerar la posibilidad de exigir el consentimiento de los padres, en particular cuando el niño tenga menos de 16 años de edad”.

Desde esta perspectiva, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño garantiza al adolescente expresar su opinión, para el ejercicio y disfrute de sus derechos (8).

5.3 Esta herramienta **reserva** a la autoridad judicial no solo la valoración y decisión de los acuerdos derivados de los programas de justicia restaurativa, deja a cargo del Juez de ejecución el cumplimiento de lo acordado. La racionalidad y la proporcionalidad de la reparación en relación al hecho punible deben constituir como principio directriz, para evitar la imposición de la voluntad del más fuerte, pues existen situaciones derivadas de la condición de vulnerabilidad que pueda producir estado de desventaja a las partes del proceso.

(8) Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

5.4. Intervención de auxiliares especializados.

Los integrantes del equipo para la aplicación de esta herramienta, deben estar capacitados y sensibilizados no solo para propiciar las condiciones idóneas de espacios que permitan el diálogo sino, para ejercer la función en forma justa e imparcial para así culminar con acuerdos equitativos para una reparación efectiva(9).

5.5 Respeto a la presunción de inocencia del imputado, esto significa que debe iniciarse el programa solo cuando el ofensor acepta en alguna medida la responsabilidad del hecho punible. Es pertinente señalar que su participación no debe ser utilizada como prueba de admisión de culpabilidad en el proceso judicial ulterior.

5.6 Garantía de equidad entre el ofensor y la víctima, quienes deben contar con asesoramiento legal y en caso necesario el derecho a la asistencia de sus padres o tutores.

5.7 Principio de reserva.

Los diálogos durante el procedimiento de restauración y su contenido no se realizan públicamente, debe ser confidencial y no debe ser revelado a menos que exista consentimiento de ambas partes.

5.8 Complementariedad.

Con la justicia restaurativa de ninguna manera se pretende sustituir al sistema legal ordinario; es complementaria del mismo, dado que cuando no se llega a un acuerdo el caso debe ser derivado a la justicia para su decisión.

El uso de estos programas no limita el derecho de los Estados de perseguir a las presuntas personas que han cometido hecho punible.

(9) Artículo 41 de las 100 Reglas de Brasilia.

Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

Debe quedar claro que con la Justicia Restaurativa no se pretende sustituir la impartición de justicia por los tribunales, ni puede significar que el Estado pierde su papel de garante de los derechos en el funcionamiento del sistema de justicia, lo que implica es otorgar al adolescente y a las demás partes involucradas analizar las relaciones dañadas por la comisión del hecho punible y buscar su reparación o solución por otra vía.

5.9. Red comunitaria.

Necesidad de articular redes comunitarias solidarias y fuertes, para promover la efectiva reinserción social del infractor, con la familia y el medio social.

Las Reglas de Beijing establece: “Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente comunitario y, en la forma en que ésta sea posible, en el seno de la unidad familiar”. (R.25.1).

Comentario: Esta Regla refleja la necesidad de que todas las actividades relacionadas con los infractores menores estén orientadas a la rehabilitación. La cooperación de la comunidad es indispensable para seguir eficazmente las directrices de la autoridad competente. Los voluntarios y los servicios de carácter voluntario, en particular, resulta una fuente de actividades útiles, en gran medida no utilizada actualmente. En algunos casos, la cooperación de antiguos infractores (incluidos antiguos toxicómanos) puede ser extremadamente valiosa.

Las Reglas de Tokio también destacan como de gran valor la participación de la comunidad en la solución del conflicto al disponer: “*se considerará la posibilidad de ocuparse de los infractores en la comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los Tribunales, de conformidad con las salvaguardias y las normas jurídicas*”. (R 2.5).

En la Regla 18, con el acápite: Comprensión y cooperación de la sociedad establece:

“Debe alentarse a los organismos gubernamentales, al sector privado y a la comunidad en general para que apoyen a las organizaciones de voluntarios que fomenten la aplicación de medidas no privativas de la libertad”. (18.1).

“Se organizarán regularmente conferencias, seminarios, simposios y otras actividades para hacer cobrar conciencia de la necesidad de que la sociedad participe en la aplicación de medidas no privativas de la libertad”. (18.2).

“Se utilizarán todos los medios de comunicación para propiciar una actitud constructiva en la comunidad, que dé lugar a actividades que propicien una aplicación más amplia del régimen no privativo de la libertad y la reinserción social de los delincuentes”. (18.3).

“Se hará todo lo posible por informar a la sociedad acerca de la importancia de su función en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad” (18.4)

6. Fines que fundamentan la justicia restaurativa

Un programa razonable de justicia restaurativa deberá tener los siguientes fines:

6.1. Apoyo y recuperación de la víctima y ofensor.

Si bien la justicia restaurativa se centra en trabajar por la restauración de la víctima en el respeto de sus derechos, se concentra en la satisfacción de sus necesidades y en el valor que ella tiene para la solución del conflicto, no es menos cierto que también atiende las necesidades del ofensor para que este acepte y asuma su responsabilidad, cambie de comportamiento y se convierta en miembro útil para asumir una función constructiva en la comunidad.

Cabe aclarar que este mecanismo permite visualizar al adolescente infractor como un ser humano con una historia, una familia, etc.

6.2. Reconciliación del ofensor con la víctima.

Genera oportunidades para el encuentro, diálogo y reconciliación del ofensor con la víctima para hacerse cargo de lo que ha pasado a raíz del hecho punible, en la búsqueda de la reintegración de ambos a la comunidad, en lugar de coerción y el aislamiento.

6.3. Asumir responsabilidad.

El ofensor debe asumir en forma directa y completa la responsabilidad de lo que ha hecho, lo que implica entender y reconocer lo que hizo y el impacto que

ha tenido el hecho disvalioso sobre otra persona. Es el primer paso y el más importante en la justicia restaurativa; el siguiente es asumir el compromiso o acto de reparación del daño ocasionado, en la medida de lo posible, frente a la víctima o frente a la comunidad.

6.4. Compromiso de la comunidad.

Propicia medios efectivos para comprometer a la comunidad en colaborar para evitar o disminuir las causas del ilícito, como la reincidencia delictiva.

7. Modelos que forman la base de los procesos restaurativos (10)

7.1 Mediación.

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 un diálogo sobre el delito con la asistencia de un mediador entrenado.

Los objetivos de la mediación de víctima e infractor incluyen: permitir a la víctima reunirse con el infractor sobre la base de propia voluntad, animando al infractor a comprender el impacto del hecho punible y tomar responsabilidad del daño resultante, proporcionando a la víctima y al infractor la oportunidad de desarrollar un plan para tratar el daño.

Hay más de 300 programas de mediación de víctima e infractor en Norte América, y más de 500 en Europa. Las investigaciones en tales programas encontraron una más elevada satisfacción entre las víctimas, una mayor probabilidad de que el infractor cumplirá con la obligación de la reparación, y menos infractores cometiendo nuevos delitos, comparado con los que siguen un proceso de corte normal.

7.2 Conferencia de familia o grupo de comunidad.

Este proceso junta a la víctima, infractor, familia, amigos y partidarios importantes de ambos para decidir cómo dirigir la consecuencia del hecho punible. Los objetivos de la conferencia incluyen: dar a la víctima una oportunidad de

(10) Confraternidad Carcelaria Internacional 2001. PO Box 17434, Washington, DC 20041.

estar directamente involucrada ante el delito, aumentar la conciencia del infractor acerca del impacto de su conducta y darle una oportunidad para tomar responsabilidad por ello, comprometiendo el sistema de apoyo a infractores a hacer enmiendas y formar su conducta en el futuro y permitir al infractor y la víctima conectarse con el apoyo clave de la comunidad.

La conferencia fue adaptada de las prácticas tradicionales de Maori en Nueva Zelanda, donde es operada fuera del departamento de servicio social, y fue modificada aún más en Australia para el uso de la policía. También se aplica en Norte América, Europa, y en Sud África en una de las dos formas. Ha sido usada con infractores juveniles (la mayor parte de los casos juveniles en Nueva Zelanda son manejados por entrevistas) y con infractores adultos. Las investigaciones en tales programas demuestran un muy alto grado de satisfacción para las víctimas e infractores en los procesos y resultados.

7.3 Tratado de Paz o Círculos de Sentencia.

Este es un proceso diseñado para desarrollar consenso entre miembros de la comunidad, víctimas, defensores de víctimas, infractores, jueces, fiscales, consejo de defensa, la policía y trabajadores de corte, sobre un plan de sentencia apropiada que recoge las inquietudes de todas las partes interesadas. Las metas de los círculos incluyen: promover la curación de todas las partes afectadas, dando oportunidad al infractor de enmendar la conducta antijurídica, y reparar el daño a las víctimas, a los miembros de familia y comunidades, una voz y una responsabilidad compartida para hallar resoluciones constructivas, dirigiendo causas fundamentales de conducta criminal, y construyendo un sentido de comunidad alrededor de los valores compartidos.

Los círculos fueron adaptados de ciertas prácticas tradicionales Nativas Americanas, y están siendo utilizadas en todo Norte América.

Cada uno de los procesos de justicia restauradora –mediación de víctima e infractor, conferencia de grupo familiar o de comunidad y el tratado de paz o ciclos de sentencia– finalizan con un acuerdo sobre cómo el infractor enmendará el daño causado por el delito. Dos sanciones de justicia de delito tradicionales son utilizadas en la respuesta restauradora del delito: la restitución y el servicio a la comunidad.

8. Beneficios que ofrece

Más allá de ser la justicia restaurativa un simple mecanismo de desjudicialización, los estudios empíricos muestran además los siguientes beneficios:

8.1. Cultura del perdón y la paz social.

La instauración de una cultura de perdón y paz en la sociedad, proporcionaría a la comunidad un sentimiento de pertenencia, de confianza y de tranquilidad social.

8.2. Participación activa de las partes.

Consigue que las partes tengan una participación activa y directa en la toma de decisiones que solucionen el conflicto creado por la comisión de una conducta antisocial.

8.3. Escenario seguro.

Lleva a la víctima y al victimario a un escenario seguro, neutral y controlado, en el que se cuenta con la ayuda de un orientador y un grupo multidisciplinario de expertos, que guíen a las partes a fin de que logren restaurar la relación dañada por la comisión de una conducta antisocial.

8.4. Reincorporación social.

Logra una verdadera reincorporación tanto de los victimarios como de las víctimas a su comunidad, al promover un encuentro sincero entre ofensor y ofendido, lo que produciría un proceso de sanación para ambos.

8.5. Convivencia pacífica.

Permite que se fortalezca la participación y convivencia de la familia tanto de la víctima como del victimario.

8.6. Actitud reflexiva.

Consigue que el adolescente tenga oportunidad de reflexionar sobre sus propios actos y las consecuencias de los mismos, lo que favorecerá para que adquiera una actitud responsable y a reducir la reincidencia.

8.7. Reparación de daños.

Alcanza una reparación y compensación real de los daños para las víctimas, en donde éstas estén en aptitud de proponer personal y directamente el monto de la indemnización o la forma de reparación del daño con la que se sentirían satisfechos, sin permitir abusos.

8.8. Evita la estigmatización.

Impide la huella negativa del hecho punible en el infractor de la ley penal, porque evita su ingreso o permanencia en el circuito del terreno judicial, con una etiqueta estigmatizadora, lo que implica no solo la disminución de números de expedientes en los juzgados sino la población en los centros educativos.

Asimismo, los programas de justicia restaurativa han dado resultados muy alentadores pues disminuyen la tasa de reincidencia delictiva. Así lo admitió el juez penal de la adolescencia de Lambaré, parte del plan piloto de esta herramienta jurídica (11).

Al disminuir la cantidad de asuntos a resolver, el juez puede concentrar su atención en aquellos conflictos que de momento escapan a la justicia restaurativa.

A ello debemos agregar que un encuentro bien preparado y con los debidos resguardos, asegura que el infractor entienda y reconozca el daño que ha causado, siendo instado a dar pasos concretos para reparar y compensar el perjuicio ocasionado en la medida de lo posible.

Previa a la celebración de las prácticas restaurativas, y lograr una participación efectiva en el procedimiento, las 100 Reglas de Brasilia aprobadas en la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en marzo de 2008, formulan unas recomendaciones que deben ser tenidas en cuenta.

Entre ellas en la medida de lo posible y apropiado: "Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Tra-

(11) II Seminario Nacional de Justicia Restaurativa, avances y desafíos organizado por el Ministerio de Justicia y Trabajo y el Ministerio de la Defensa Pública el 9 y 10 de abril de 2015.

bajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial". (R. 64).

"Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad. También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad". (R. 65).

"Se velará para que la comparecencia en actos judiciales de una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición". (R. 62).

"Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo". (R. 66).

Es decir, se requiere de espacio de actuación que favorezca el encuentro y el diálogo.

"Se procurará que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial. Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente. Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad". (R. 68).

"Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona". (R. 69).

"Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla". (R. 72).

“En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso”. (R. 78).

– Se deberán celebrar en una sala adecuada.

– Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.

– Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares. “Se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales”. (R. 77).

8.9. Condiciones de igualdad.

Permite que la víctima se sienta escuchada, comprendida y atendida al mismo nivel que el victimario, con todas las garantías y derechos previstos por la ley. Asimismo, puede recibir una compensación económica que haga frente a sus pérdidas, a la vez puede sentir que ayuda a reformar al adolescente infractor.

8.10. Recuperación de confianza.

Restituye a la ciudadanía la confianza en las autoridades encargadas de la administración de justicia al lograr la disminución de la morosidad judicial y el acceso efectivo a la justicia. A esto se agrega que este mecanismo promueve la conciencia en la ciudadanía de que hay deberes cívicos que cumplir, dirigido a lograr la rehabilitación y reinserción del infractor dentro de la sociedad.

9. Medidas restaurativas aplicables.

Con la entrada en vigor del Código de la Niñez y la Adolescencia se logró incluir medidas de carácter restaurativas como sanción a diferencia del Código

Procesal Penal que incluye la reparación del daño como una forma de extinción de la acción penal y no como una respuesta sancionatoria (12).

Así establece: “El Juez podrá imponer al adolescente la obligación de:

- a) Reparar, dentro de un plazo determinado y de acuerdo con sus posibilidades, los daños causados por el hecho punible;
- b) Pedir personalmente disculpas a la víctima;
- c) Realizar determinados trabajos;
- d) Prestar servicios a la comunidad; y,
- e) Pagar una cantidad de dinero a una entidad de beneficencia. Las obligaciones no podrán exceder los límites de la exigibilidad.

El Juez deberá imponer la obligación de pagar una cantidad de dinero solo cuando:

- a) El adolescente haya realizado una infracción leve y se pueda esperar que el pago se efectúe con medios a su propia disposición; o,
- b) Se pretende privar al adolescente del beneficio obtenido por el hecho punible”.

Para aplicar estas medidas restaurativas, orientadas a fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas, se reitera que se requiere la aceptación previa del mismo y de la víctima; y la predictibilidad o pronoxis de contención de los padres y/o referente familiar, red comunitaria e institucional que tendrá a su cargo el control de la ejecución de lo acordado. A este efecto la mediación es un mecanismo idóneo tendente a obtener dicho fin, en

(12) Código Procesal Penal. Artículo 25: “... 10) en los hechos punibles contra los bienes de las personas o en los hechos punibles culposos, por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes del juicio, siempre que lo admita la víctima o el Ministerio Público, según el caso; y, ...”.

tanto promueve la conciencia de responsabilidad al adolescente infractor, así como incrementa el grado de satisfacción de la víctima.

El ofensor al escuchar y ver a su víctima, siente los efectos negativos de su conducta al tener que esforzarse en enmendar el daño causado y a la vez aprende a responsabilizarse de sus actos, cumpliéndose así con el elemento central de la justicia restaurativa.

10. Conclusión

A esta altura del análisis concluyo que la justicia restaurativa es un programa o un mecanismo que ofrece respuestas esperanzadoras de diálogo para la reconciliación del infractor consigo mismo, con la víctima y con la comunidad, de tal modo que, a través de un proceso educativo, dentro de un marco de respeto de todos los derechos y garantías reconocidos tanto por la Constitución como por los Tratados Internacionales, logre reinsertarse en la sociedad para que asuma una función constructiva.

Para que la práctica restaurativa incida de manera significativa en la solución alternativa de los conflictos y cumpla con la propuesta de humanización del régimen penal de la adolescencia se requiere fortalecer este mecanismo. Ello exige entre otras cosas un cambio cultural, que no es sencillo.

Además, requiere espacios de actuación que favorezcan el encuentro y el diálogo, personal especializado para dirigir y controlar adecuadamente la participación de la sociedad civil, lo que implica aspectos presupuestarios y organizativos.

Es una tarea desafiante que requiere tiempo, esfuerzo y capacitación. De ahí la grandeza del desafío, y la fuerza que genera en quienes estamos embarcados en este camino, convencidos de que la sonrisa, la paz social y la esperanza de un adolescente, de la víctima y de la sociedad hacen que dichos esfuerzos valgan la pena.

11. Anexo

Quiero recoger en este trabajo los principios fundamentales de la justicia restaurativa desde la óptica de Howard Zehr y Harry Mika por resultar de interés.

1. El crimen es básicamente una ofensa contra las personas y las relaciones interpersonales.

1.1 Las víctimas y la comunidad han sufrido daños y necesitan una restauración.

1.1.1 Las víctimas principales son aquellas personas que han sido afectadas más directamente por la ofensa; pero hay otras personas que también son víctimas, entre ellas, los familiares de víctimas y ofensores, los testigos y los miembros de la comunidad afectada.

1.1.2 Las relaciones afectadas (y reflejadas) por el crimen deben ser tratadas.

1.1.3 La restauración es un continuo de respuestas a los diversos daños y necesidades experimentados por las víctimas, los ofensores y la comunidad.

1.2 Las víctimas, los ofensores y las comunidades afectadas son las partes principales en este proceso de justicia.

1.2.1 Un proceso de justicia restaurativa maximiza los aportes y la participación de las diversas partes —pero especialmente de las víctimas y los ofensores— en la búsqueda de la restauración, la sanación, la responsabilidad y la prevención.

1.2.2 Los roles que desempeñan las partes variarán de acuerdo con la naturaleza de la ofensa, y también según las capacidades y preferencias de las respectivas partes.

1.2.3 El Estado cumple roles bien delimitados, como los de investigar los hechos, gestionar el proceso y velar por la seguridad, pero no asume el rol de víctima principal.

2 Las ofensas dan origen a obligaciones y responsabilidades.

2.1 Las obligaciones de los ofensores consisten en enmendar el daño en la medida de lo posible.

2.1.1 Como la obligación principal es hacia las víctimas, el proceso de justicia restaurativa las habilita para participar efectivamente en la definición de las obligaciones del ofensor.

2.1.2 Los ofensores cuentan con las oportunidades y la motivación para comprender el daño que les han ocasionado a las víctimas y a la comunidad y para desarrollar planes para asumir la responsabilidad correspondiente.

2.1.3 Se maximiza la participación voluntaria de los ofensores; se minimiza la coerción y la exclusión. Sin embargo, se les puede exigir a los ofensores que acepten sus obligaciones si no lo hacen voluntariamente.

2.1.4 Las obligaciones generadas por el mal causado deben estar orientadas a enmendar este daño.

2.1.5 Las obligaciones pueden percibirse como difíciles y hasta dolorosas, pero su propósito no es causar dolor ni buscar venganza.

2.1.6 Las obligaciones hacia las víctimas, como la restitución, asumen prioridad por sobre otras sanciones y obligaciones hacia el Estado, tales como las multas.

2.1.7 Los ofensores tienen la obligación de participar activamente en las iniciativas destinadas a atender sus propias necesidades.

2.2 Las obligaciones de la comunidad son hacia las víctimas y los ofensores, y en pro del bienestar general de sus miembros.

2.2.1. La comunidad tiene la responsabilidad de apoyar y ayudar a las víctimas de un crimen en la atención de sus necesidades.

2.2.2. La comunidad es responsable por el bienestar de sus miembros y por las condiciones y relaciones sociales que engendran tanto el crimen como la paz en la comunidad.

2.2.3. La comunidad tiene la responsabilidad de apoyar las iniciativas para reintegrar a los ofensores, involucrarse activamente en la definición de las obligaciones del ofensor y asegurarse de que el ofensor cuente con las oportunidades para enmendar los daños causados.

3 La justicia restaurativa busca subsanar y enmendar los daños.

3.1 Las necesidades de la víctima (necesidades de información, validación, reivindicación, restitución, testimonio, seguridad y apoyo) son los puntos de partida para la justicia.

3.1.1 La seguridad de las víctimas es una prioridad inmediata.

3.1.2 El proceso de justicia aporta un marco para facilitar la recuperación y la sanación que en última instancia le compete a la víctima como individuo.

3.1.3 Las víctimas adquieren mayor capacidad de decisión al maximizar sus aportes y su participación en la definición de las necesidades y de los resultados deseados.

3.1.4 Los ofensores participan personalmente, hasta donde sea posible, en la reparación del daño.

3.2 La justicia como proceso maximiza las oportunidades para el intercambio de información, la participación, el dialogo y el acuerdo mutuo entre la víctima y el ofensor.

3.2.1 Los encuentros directos son apropiados en algunos casos, pero en otros es preferible usar formas alternativas de intercambio.

3.2.2 Las víctimas tiene el rol principal en la definición de las pautas y condiciones del intercambio.

3.2.3 El acuerdo mutuo prima por sobre los arreglos impuestos.

3.2.4 Se ofrecen oportunidades para expresar remordimiento y buscar el perdón y la reconciliación.

3.3 Se toman en consideración las necesidades y capacidades del ofensor.

3.3.1 Al reconocer que muchas veces los propios ofensores también han sido dañados, cobra importancia la sanación de los ofensores y su integración a la comunidad.

3.3.2 Los ofensores reciben apoyo y son tratados respetuosamente en el proceso de justicia.

3.3.3 Se reducen al mínimo las restricciones para el ofensor y su aislamiento de la comunidad.

3.3.4 La justicia valora más el cambio personal que el comportamiento sumiso.

3.4 El proceso de justicia le pertenece a la comunidad.

3.4.1 Los miembros de la comunidad están involucrados activamente en la tarea de hacer justicia.

3.4.2 El proceso de justicia aprovecha los recursos de la comunidad y, a su vez, contribuye al desarrollo y fortalecimiento de ésta.

3.4.3 El proceso de justicia pretende promover cambios en la comunidad, los que están orientados a prevenir que otros sufran daños similares y a fomentar una intervención oportuna para atender las necesidades de las víctimas y buscar la responsabilidad activa de los ofensores.

3.5 La justicia está atenta a las consecuencias, tanto esperadas como inesperadas, de sus respuestas ante el crimen y la victimización.

3.5.1 La justicia supervisa e insta a llevar el proceso hasta su término, ya que el cumplimiento de los compromisos maximiza la sanación, la recuperación, la responsabilidad activa y el cambio.

3.5.2 La equidad se alcanza, no por una uniformidad en los resultados, sino al aportar a todas las partes el apoyo y las oportunidades que necesitan y al evitar las discriminaciones según raza, clase social y género.

3.5.3 Los acuerdos o resultados que son predominantemente disuasivos deben usarse solo como último recurso, interviniéndose de la manera menos restrictiva posible mientras se busca la restauración de las partes involucradas.

3.5.4 Es importante contrarrestar las consecuencias inesperadas de la implementación de la justicia restaurativa, tales como el uso de los procesos restaurativos para fines coercitivos o punitivos, la orientación desmedida hacia el ofensor o la expansión del alcance de los medios de control social.

