

## JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA<sup>1</sup>

Javier Llobet Rodríguez<sup>2</sup>

### I. CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Cuando se habla de justicia restaurativa se hace mención a un movimiento surgido principalmente en los Estados Unidos de América y Canadá en la década de los setenta del siglo pasado en relación con la delincuencia juvenil, que enfatiza la ofensa a la víctima que supone el delito, de modo que se considera que la misma debe intervenir en la resolución del conflicto, ello a través de una mediación comunitaria, en la que interviene por el otro lado el autor del hecho delictivo. Se le da importancia fundamentalmente a la conciliación víctima-autor, más que a la imposición de una sanción o pena<sup>3</sup>.

En la justicia restaurativa se dice que el hecho delictivo se concibe como un quebramiento a la paz. De acuerdo con ello, la justicia restaurativa opera para restablecer esa paz, trabajando por sanar a las víctimas, los ofensores y las comunidades que han sido lesionadas por un crimen, dándoseles la oportunidad de involucrarse

---

<sup>1</sup> El presente trabajo tiene como antecedente: Llobet Rodríguez, Javier. *Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil*. En: Libro en Homenaje a Julio Maier. Buenos Aires (Argentina), Editores del Puerto, 2005, pp. 873-886. Ese texto tenía su origen en la exposición hecha por el autor en el Primer Congreso Mundial de Derecho de la Infancia y la Adolescencia, celebrado del 23 al 29 de noviembre de 2003 en la Isla de Margarita (Venezuela). El presente texto se basa en la exposición hecha en el Tercer Congreso de Victimología, organizado por el Ministerio Público costarricense en 2005.

<sup>2</sup> Profesor asociado de la Universidad de Costa Rica.

<sup>3</sup> Sobre la justicia restaurativa: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores), *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002; Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores), *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999; McCold, Paul/Wachtel, Ted, *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*. En: [www.restorativepractices.org/Pages/paradigm](http://www.restorativepractices.org/Pages/paradigm); Roig Torres, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*. Valencia, Tirant lo blanch, 2000, pp. 365-367; Rivero Llano, Abelardo, *La victimología ¿Un problema criminológico?* Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1997, pp. 341-344; Pérez Sanzberro, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?* Granada, Editorial Comares, 1999, pp. 15-18; Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004. Sobre el concepto de justicia restaurativa véase el particular las páginas 110-117, de este último libro.

activamente en ello, tan pronto como sea posible. Desde esa perspectiva se le asigna al Estado la obligación de preservar un orden justo y a las comunidades, en cuanto intervienen en la mediación propia de la justicia restaurativa, el restablecimiento de la paz<sup>4</sup>.

Es importante anotar que con la justicia restaurativa se hace referencia en general a una serie de principios en que se basa la misma, pero que los diversos programas existentes presentan importantes diferencias entre sí<sup>5</sup>. Así en los últimos años se ha ampliado el marco en que opera la justicia restaurativa, de modo que diversos programas involucran no solamente a la víctima y al autor, sino también a sus familiares y hasta a la comunidad.

## II. JUSTICIA RESTAURATIVA E INTERÉS EN LA VÍCTIMA

No puede dejarse de considerar, como antecedente histórico de la justicia restaurativa, que en general se admite que el Derecho Penal surge con la neutralización de la víctima, al producirse la monopolización de la justicia penal por el Estado, puesto que antes de ello la víctima tenía un protagonismo en la solución del conflicto provocado por el hecho delictivo, ocupando la reparación del daño un lugar importante para el restablecimiento de la paz social perturbada. Así se ha tendido a mencionar diversas etapas históricas con respecto a la consideración de la víctima, indicándose que una primera es la del protagonismo de la víctima, luego se da la neutralización de la misma, en la que es separada de la forma de solución del conflicto, el que se convierte exclusivamente en un conflicto autor-Estado, y una tercera etapa que se ha denominado como de renacimiento del interés en la víctima, que tiene entre sus facetas el otorgarle protagonismo en la solución del conflicto, propiciando la conciliación víctima-autor y la

---

<sup>4</sup> Sobre ello: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode, *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 54-57; Van Ness, Daniel/Morris, Allison/Maxwell, *Introducing Restorative Justice*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 5-6.

<sup>5</sup> Con respecto a ello: García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de Criminología*. Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 995.

reparación del daño<sup>6</sup>. En definitiva el surgimiento de la justicia restaurativa se da en el marco del llamado renacimiento o redescubrimiento de la víctima<sup>7</sup>, que ocurre principalmente a partir de la década de los setenta del siglo pasado. Con respecto a ello se dijo por el Grupo de Expertos de la ONU que elaboró en 2002 unos principios básicos para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal:

*“La justicia restaurativa se había desarrollado en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraba reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía determinar una reducción indebida del papel del Estado en el enjuiciamiento de*

---

<sup>6</sup> Con respecto a los antecedentes históricos de la justicia restaurativa: Weitekamp, Elmar, *The History of Restorative Justice*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 75-102.

<sup>7</sup> Cf. Eser, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*. En: Eser, Albin y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 13-52; Strang, Heather, *Justice for Victims of Young Offenders: The Centrality of Emotional Harm and Restoration*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 183-193. Indica García-Pablos de Molina que en los programas anglosajones de la década de los setenta: *“el sistema (...) deposita una firme confianza en la capacidad y autonomía de los individuos para resolver, pacífica y eficazmente, los conflictos en que puedan hallarse inmersos. Y conlleva, desde luego, una decidida tendencia a desjudicializar y dejuridicar aquellos optando por una mediación flexible de instancias no oficiales de carácter comunitario y por procedimientos informales, siempre más pacificadores”*. García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia, Tirant lo blanch, 2005, p. 640. Sin embargo, afirma también Antonio García-Pablos de Molina que las ideas que dan fundamento a la justicia restaurativa no son unitarias, siendo dispares sus antecedentes ideológicos. Así dice: *“No son claros, desde luego sus antecedentes ideológicos ni sus presupuestos políticos criminales, dado que los modelos de conciliación, mediación y reparación beben de fuentes muy dispares. Las dos tradiciones histórico- culturales del control social desembocan, por caminos diferentes, en fórmulas alternativas, sustitutivas o complementarias del sistema penal, en procedimientos informales de solución de los conflictos. Estos constituyen, en efecto, la propuesta emblemática de los sistemas de ‘diversion’. Pero, también, del pensamiento ‘abolucionista’ de la ‘non radical intervention’ y de las tendencias victimológicas que surgen en la década de los cuarenta. Sin olvidar las corrientes ‘reprivatizadoras’ radicales., partidarias de la devolución del conflicto a sus protagonistas, orientaciones, como es lógico, muy proclives a estas vías alternativas del control social formal. Todo ello demuestra, sin embargo, que la racionalidad del nuevo modelo tiene y cuenta con una fundamentación ideológica muy variada: la necesidad de evitar el impacto estigmatizante del sistema penal y sus agencias e instancias oficiales (‘diversion’), la mejor satisfacción de las justas expectativas de uno de los protagonistas del conflicto criminal (‘movimientos victimológicos’), la intrínseca falta de legitimación activa del sistema para arrebatar el conflicto a sus ‘propietarios’ (‘abolucionismo’ y tendencias privatizadoras radicales), etc. O lo que es lo mismo: que falta una base común, un sustrato ideológico homogéneo, un hilo conductor a sus diversas manifestaciones”*. García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología...*, p. 628.

*los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso. Era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del Estado, los delincuentes y las víctimas, tanto en general como en el contexto de cada caso concreto*”<sup>8</sup>

En la justicia restaurativa se tiende a enfatizar la preocupación fundamental en la víctima, contraponiendo ello con la atención que le otorga la justicia penal al delincuente. Ello se trata de reflejar desde un punto de vista semántico al indicarse en los Estados Unidos de América, que se trata de la compensación víctima-autor, en donde la víctima es mencionada de primero en la misma denominación, a diferencia de lo que ocurre con frecuencia en Alemania, en la que se hace mención a la mediación autor-víctima<sup>9</sup>.

### III. LOS PRIMEROS PROYECTOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Los proyectos de conciliación delincuente-víctima se desarrollaron inicialmente en Canadá y los Estados Unidos de América a partir de 1972, dentro del marco de la diversion precedente, habiendo tenido aplicación en el Derecho Penal Juvenil. En estos proyectos tuvieron gran influencia grupos religiosos, como los menonitas<sup>10</sup> y los cuáqueros<sup>11</sup>. Se señala que el primer proyecto de justicia restaurativa se dio en Kitchener, Ontario, ello en relación con dos jóvenes que fueron capturados luego de una parranda vandálica, en la que habrían causado daños a unas 22 propiedades. En este caso los jóvenes fueron enviados a conversar con las víctimas y a llegar a un arreglo con las mismas para el pago de los daños causados. Dichos jóvenes pudieron restituir el

---

<sup>8</sup> Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, *Justicia restaurativa. Informe del Secretario General*. E/CN.15/2002/5/Add.1, p. 7.

<sup>9</sup> Weitekamp, Elmar, *Mediation in Europa: Paradoxes, Problems and Promises*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 145-146. Acerca de la importancia en la consideración de la víctima dentro de las ideas de justicia restaurativa: Kelmelmayer de Carlucci, op. cit., pp. 145-147.

<sup>10</sup> Sobre ello véase: Dünkel, Frieder, *La conciliación delincuente víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y la práctica en el Derecho Comparado*. En: Beristain (Editor). San Sebastián, Editorial del País Vasco, 1989, p. 120; Pérez Sanzberro, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?* Granada, Editorial Comares, 1999, p. 16.

<sup>11</sup> Cf. Dünkel, Frieder, *La conciliación delincuente víctima...*, p. 120. En contra del apoyo de los cuáqueros parece pronunciarse Aída Kelmelmayer de Carlucci, op. cit., p. 39, nota al pie 33.

daño en forma progresiva. Debido al éxito logrado, se inició en Kitchener un programa de reconciliación entre víctimas y ofensores<sup>12</sup>. Con base en esa experiencia, en Elkhart, Indiana, empezó en 1978-1979 un programa a pequeña escala, a cargo de oficiales de libertad condicional<sup>13</sup>.

Debe resaltarse que la previsión como regla de los criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por los Fiscales en los Estados Unidos de América, en donde no rige el principio de legalidad con respecto a dicha acción, ha hecho que las ideas de justicia restaurativa se hayan visto favorecidas, puesto que da un gran ámbito discrecional para la aplicación de las mismas<sup>14</sup>. Por otro lado, el desarrollo de las ideas de justicia restaurativa en el Derecho Penal Juvenil fue facilitado por las características de dicho Derecho, que lo han hecho favorable a la diversion con o sin intervención, para evitar los efectos estigmatizantes que tiene la privación de libertad<sup>15</sup>.

#### **IV. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA**

Se menciona dentro de los antecedentes de la justicia restaurativa la forma de solución de los conflictos de acuerdo con el Derecho consuetudinario de los grupos indígenas de diversas partes del mundo, que se mantiene hasta hoy día. Ello ocurre, por

---

<sup>12</sup> Cf. Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala. En: <http://www.clai.org.ec/DOCS/Guatemala/ResConflictos.htm>. Sobre este caso véase en particular: Kemelmajer de Carlucci, op. cit., pp. 118-119.

<sup>13</sup> Cf. Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala; Dünkel, Frieder, *La conciliación...*, p. 120.

<sup>14</sup> Cf. Weigend, Thomas, *Täter-Opfer-Ausgleich in den USA*. En: MschrKrim (Alemania), Heft 2/3, 1992, p. 106,

<sup>15</sup> Como antecedentes relacionados con la diversion debe mencionarse el proyecto Highfields llevado a cabo en los Estados Unidos en la década de los cincuenta del siglo pasado, el que trató de evitar sobre todo la privación de libertad en la justicia juvenil, aunque fundamentalmente en relación con la condena condicional de la pena, relacionada más con la probation, que con la diversion. Cf. Lammek, Siegfried, *Neue Teorien abweichenden Verhaltens*. Múnich, W. Fink, 1994, p. 276. Por otro lado, de gran importancia en los Estados Unidos de América fue el proyecto presentado en 1967 por la Comisión de Aplicación del Derecho y Administración de Justicia, que estableció que con respecto a los jóvenes debían evitarse sanciones formales, debiendo utilizarse sanciones menos gravosas.

ejemplo en Australia y Nueva Zelanda<sup>16</sup>, pero también en otras regiones, por ejemplo en Africa y América. Importante en cuanto al derecho consuetudinario indígena, cuyas formas de solución del conflicto deben ser respetadas de acuerdo con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es que a pesar de las diferencias que existen entre los diversos pueblos indígenas americanos, un rasgo que se aprecia en común es el carácter fundamentalmente reparatorio de la solución de conflictos<sup>17</sup>. Ello ocurre, por ejemplo en el derecho consuetudinario indígena del pueblo Bibri de la comunidad de Cabagra, en Costa Rica<sup>18</sup>.

El desarrollo de la justicia restaurativa con frecuencia pretende rescatar esas formas de solución del conflicto, estudiándolas e imitándolas, recalando como la comunidad en forma pacífica a través del acuerdo logra restablecer la paz perturbada por el hecho delictivo<sup>19</sup>.

## **V. LA JUSTIFICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA A LA JUSTICIA RETRIBUTIVA Y LA REHABILITADORA**

El caso Gault, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1967, resaltó que con la argumentación de tratar de proteger a los jóvenes, en la justicia juvenil se había llegado a una intervención mucho más fuerte que la que ocurría en la justicia penal de adultos, no respetándose las garantías mínimas del debido proceso. El caso Gault puso en crisis la concepción que se había sostenido de la justicia juvenil hasta ese entonces, que partía de que en definitiva no eran importantes las garantías al joven, puesto que todo era en su beneficio, al tratarse de salvarlo<sup>20</sup>. En la

---

<sup>16</sup> Cf. Blagg, Harry, *Aboriginal Youth and Restorative Justice: Critical Notes from the Australian Frontier*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 227-242.

<sup>17</sup> Cf. Borja, Emiliano. *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*. Valencia, Tirant lo blanch, 2001, pp. 134-137.

<sup>18</sup> Cf. Portilla, Osvaldo/Muñoz, Eduardo/Llobet Rodríguez, Javier. *El Derecho Indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblo Bibri*. En: Borja, Emiliano (Compilador). *Derecho Indígena*, Valencia, 2006 (en proceso de publicación)

<sup>19</sup> Al respecto no puede dejarse de considerar que el respeto del Derecho consuetudinario indígena se enmarca dentro de los derechos de la tercera generación, de modo que desde la perspectiva del mismo la ofensa provocada por el hecho trasciende en su afectación a la víctima, perturbando a la comunidad como un todo. Sobre ello: Borja, op. cit., p. 134.

<sup>20</sup> *In re Gault* (387 US.1). Véase el texto de la resolución del caso *In re Gault* en: Barker, Licius/Barker, Twiley, *Civil liberties and the Constitution*. Nueva Jersey, 1982,

resolución del caso Gault no se puso en duda expresamente la ideología del tratamiento, que imperaba en la justicia penal juvenil, habiendo tenido su auge principalmente en las décadas de los años cincuenta y sesenta del siglo pasado. En dicha ideología se expresaba la confianza en que a través de la intervención de un equipo interdisciplinario de profesionales podría obtenerse la rehabilitación de los delincuentes, en especial de los juveniles. Sin embargo, en 1974 Martinson publicó un artículo titulado “¿Qué funciona? Preguntas y respuestas acerca de la reforma de la prisión?”, en donde indicó que con pocas excepciones aisladas, los esfuerzos rehabilitadores que han sido reportados lejanamente han tenido un efecto apreciable. Formuló en ese artículo la expresión “Nada funciona” (“Nothing works”), que adquirió una gran difusión<sup>21</sup>.

El escepticismo en relación con la sanción privativa de libertad produjo una crisis de la justicia penal juvenil en los Estados Unidos de América, que se tradujo en el auge del neoclasicismo, llevando a un vuelta de las ideas retribucionistas, lo mismo que de las ideas de prevención general negativa, que han producido a un endurecimiento del Derecho Penal, incluyendo el Derecho Penal Juvenil<sup>22</sup>. Ello ha conducido a una tendencia en los Estados Unidos de América al juzgamiento de los jóvenes como

---

pp. 362-369. Sobre el caso Gault: Llobet Rodríguez, Javier, *Garantías en el proceso penal juvenil*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 145-149; Zaffaroni, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 1980, T. I, p. 226; Fletcher, George, *Basic Concepts of Criminal Law*. Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 26-27; Fletcher, George, *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 51; Platt, Anthony, *Los salvadores del niño*. México, Siglo XXI, 1982, pp. 173-176; Burt, Robert, *La constitución de la familia*. En: Beloff, Mary (Editora). *Derecho, infancia y familia*. Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 53-58; Kemelmajer de Carlucci, op. cit., pp. 67-73. Sin embargo, no se llegó a reconocer el derecho de los jóvenes a un jurado, el que dentro del Derecho de los Estados Unidos de América ha tenido una gran trascendencia. La negación de ese derecho se dispuso, por ejemplo, por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Mc. Keiver* en contra de Pennsylvania y *In re Burrus* (403 U.S. 528. 1971). Cf. Barker, Lucius/Barker, Twiley, op. cit., p. 319

<sup>21</sup> Martinson, Robert. *What Works? – questions and answers about prison reform*. En: *The Public Interest*, número 35, 1974, pp. 22-54. Con respecto a las críticas de Martinson: Bazemore, Gordon, *After Shaming, Whither Reintegration: Restorative Justice and Relational Rehabilitation*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 156-159.

<sup>22</sup> Este endurecimiento del Derecho Penal de adultos y del Derecho Penal Juvenil no era, sin embargo, un efecto pretendido por Robert Martinson, quien más bien se caracterizó por sus posiciones progresistas y la defensa de los derechos civiles. Cf. Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 475.

adultos, al cumplimiento de la sanción junto con adultos e incluso a la aplicación de la pena de muerte a menores de edad<sup>23</sup>.

Sin embargo, en forma paralela, el escepticismo con la sanción privativa de libertad condujo en los Estados Unidos de América al auge de las ideas de la justicia restaurativa<sup>24</sup>, que surgen como una concepción que se enfrenta a la justicia penal tradicional, que se dice se basa en ideas retributivas. Así la concepción de la justicia restaurativa se ha concebido como un nuevo paradigma que debe ser diferenciado de la justicia rehabilitadora, relacionada con la ideología del tratamiento, lo mismo que de la justicia retributiva, como es que desde la perspectiva de la justicia restaurativa se llega a caracterizar a la justicia penal y a la imposición de una pena en ésta<sup>25</sup>. Debe tenerse en cuenta que la justicia restaurativa se da como parte de lo que en Norteamérica se ha llamado la crisis de la justicia penal juvenil, debido al auge de las ideas retributivas en relación con el juzgamiento de la delincuencia juvenil, lo mismo que al escepticismo frente a las ideas rehabilitadoras, que habían tenido especial acogida en el Derecho Penal Juvenil<sup>26</sup>.

Las ideas de justicia restaurativa en los Estados Unidos de América y Canadá han estado relacionadas con organizaciones no gubernamentales, en las cuales voluntarios prestan gratuitamente su labor de mediación, ello fuera del proceso penal. Desde esa perspectiva la justicia restaurativa se ha llegado a concebir como una

---

<sup>23</sup> Una crítica a ello en: Llobet Rodríguez, Javier, *Garantías en el proceso penal juvenil*, pp. 18-20.

<sup>24</sup> Sobre estas tendencias paradójicas indica: Frieder Dünkel: “*En el transcurso de los últimos años se observó sobre todo en Estados Unidos, una decisión sobre las tendencias a poner en marcha, de cara a la criminalidad grave y reiterada de jóvenes, un derecho penal de adultos más severo. El uso creciente de tales decisiones ‘waiver’, corresponde a una evolución de la política criminal que por un lato intenta el tratar siempre con más moderación los desvíos, por medio de diversion (desjudicialización) y sobre todo evitar el encarcelamiento*”. Dünkel, Frieder, *Orientaciones de la política criminal en la justicia juvenil*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, DAAD/UNICEF, 2002, p. 527.

<sup>25</sup> Cf. Feld, Barry, *Rehabilitation, Retribution and Restorative Justice: Alternative Conceptions of Juvenile Justice*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode. (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 18-44.

<sup>26</sup> Con respecto a la justicia restaurativa como respuesta a la crisis de la justicia juvenil: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode, *Introduction: Restorative Justice and the International Juvenile Justice Crisis*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 1-13.



alternativa a la justicia penal. Sin embargo, debe reconocerse que los centros de mediación no parten de una clara distinción entre asuntos penales y civiles, funcionando en general como centros para la solución de conflictos<sup>27</sup>.

## VI. JUSTICIA RESTAURATIVA Y ABOLICIONISMO

En Europa las ideas de justicia restaurativa encontraron buen eco en los reclamos formulados desde la perspectiva del abolicionismo, en cuanto ha alegado que la justicia penal expropió el conflicto a los actores del mismo, convirtiéndolo en un conflicto Estado-autor y no en un conflicto autor-víctima<sup>28</sup>.

Dentro de las ideas fundamentales en que se basa la justicia restaurativa se encuentra la concepción de que el delito produce un conflicto, en el que los participantes son fundamentalmente el autor y la víctima, siendo la mejor forma de solución del conflicto el acuerdo entre ambos participantes, logrado a través del diálogo entre ellos. Es importante resaltar los puntos de contacto de esta concepción con el abolicionismo, que ha sido defendido principalmente en Europa, en los países escandinavos, habiendo tenido también una recepción de importancia en Latinoamérica. La relación entre las ideas de justicia restaurativa y las del abolicionismo penal, es clara en cuanto este último ha reclamado en contra de la apropiación del conflicto por el

---

<sup>27</sup> Weigend, Thomas, op. cit., 1992, p. 107.

<sup>28</sup> Cf. Christie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*. En: Eser y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 157-182; Christie, Nils, *Los límites del dolor*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984; Hulsman, Louk/Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana*. Barcelona, Ariel, 1984. Sobre el abolicionismo: Bovino, Alberto, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*. En: Eser y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 261-279; Bovino, Alberto, *Manual del buen abolicionista*. En: *Ciencias Penales (Costa Rica)*, No. 16, 1999, pp. 47-50; Larrauri, Elena, *Abolicionismo del Derecho Penal. Propuestas del movimiento abolicionista*. En: *Poder y control (España)*, No. 3, 1987, pp.95-116; Martínez, Mauricio, *La abolición del sistema penal*. Bogotá, Temis, 1990; Pérez Pinzón, Orlando, *La perspectiva abolicionista*. Bogotá, Temis, 1989; Sánchez Romero, Cecilia/Houed Vega, Mario, *La abolición del sistema penal*. San José, Editec, 1992, pp. 101-104; Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas*. Bogotá, Temis, 1993, pp. 75-88; Lasocik, Zbigniew/Patek, Monika/Rzeplinska, Irena (Editores), *Abolicionism in History*. Varsovia, 1991.

<sup>28</sup> Cf. Christie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, pp. 157-182.

Estado y ha abogado que éste sea devuelto a las partes del conflicto, de modo que se posibilite un acuerdo entre ellas, a través del diálogo<sup>29</sup>.

Esta influencia del abolicionismo ha llevado en ocasiones a criticar la desjudicialización, que se produce a través de institutos como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, por ser una expresión del abolicionismo<sup>30</sup>. No se puede negar que un sector de los defensores de la justicia restaurativa asume posiciones abolicionistas. Sin embargo, debe reconocerse que en general los partidarios de la justicia restaurativa no pretenden la eliminación de la justicia penal<sup>31</sup>, por lo que no llegan al abolicionismo de éste, de modo que el sistema penal se mantiene, dejándose que se produzca una desformalización hacia la obtención de una solución al conflicto por la víctima y el autor, a través del diálogo y acuerdo entre ellos. Así ello no implica que no continúe existiendo como otra vía el sistema penal, el que opera, debe reconocerse, como un estímulo para que el autor acepte participar en el proceso de mediación y la reparación, puesto que con ello evitará la prosecución del proceso penal

---

<sup>29</sup> Cf. Christie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, pp. 157-182. Señala Louk Hulsman: “*La víctima no puede detener la ‘acción pública’ una vez que ésta se ‘ha puesto en movimiento’, le está vedado ofrecer o aceptar un procedimiento de conciliación que podrá asegurarle una reparación aceptable o, lo que es a veces más importante, darle la ocasión de comprender lo que ha pasado realmente y asimilarlo; ella no participa en absoluto en la búsqueda de las medidas que se adoptarán contra el ‘autor’; ignora lo que sucederá a este último durante el tiempo en prisión; no sabe en qué condiciones va a poder sobrevivir su familia; no tiene ninguna idea acerca de las consecuencias reales del hecho en la vida de ese hombre, de la experiencia, tan negativa, que va a tener en prisión; ignora, asimismo, el rechazo que deberá afrontar a su salida... A menudo la víctima desearía un cara a cara liberador. Incluso la víctima de violencia quisiera tener a veces la ocasión de hablar con su agresor. Quisiera comprender sus motivos, saber por qué es ella quien ha sido atacada. Pero él está en prisión y el cara a cara es imposible*”. Hulsman, Louk/Bernat de Celis, op. cit., pp. 71-72.

<sup>30</sup> Véase la crítica que desde una perspectiva conservadora hizo Fabián Volio en Costa Rica: Volio, Fabián, *Abolir el abolicionismo*. En: *La Nación* (periódico), San José, 14 de agosto de 2000; Volio, Fabián, *Abolicionismo vergonzante*. En: *La Nación* (periódico), San José, 24 de agosto de 2000.

<sup>31</sup> Sobre ello: Roig Torres, Margarita, op. cit., pp. 454-455; Kemelmajer de Carlucci, op. cit., pp. 151-152. Al respecto se dijo por el Grupo de Expertos que elaboró el proyecto de principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, que: “(...) *las ideas y posibilidades que ofrecía la justicia restaurativa debían considerarse un complemento de las prácticas de justicia penal vigentes e inscribirse en el marco de las prácticas nacionales establecidas y de las circunstancias, sociales, culturales, económicas y de otra índole en las que se desarrollan*”. Cf. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit., p. 3.

y con ello la eventual imposición de una pena. Esta es la concepción de la que parte, por ejemplo, el Derecho Penal Juvenil, con base en la Convención de Derechos del Niño y los instrumentos que la complementan, la que no puede ser catalogada como abolicionista, ya que no se pretende la eliminación del Derecho Penal Juvenil y de la imposición de sanciones a través del mismo, aunque se persigue una restricción de las mismas y la búsqueda de alternativas, cuando es posible, a la imposición de sanciones propiamente dichas, fomentándose con ello la reparación del daño<sup>32</sup>.

Lo anterior impide que pueda concebirse la justicia restaurativa en forma exclusiva como una forma de satisfacción de la víctima, siendo más bien una tercera vía que se ha creado<sup>33</sup>, tendiente hacia la desformalización y desjudicialización de los conflictos penales. Se agrega a todo ello que si se concibiera al delito exclusivamente como un conflicto víctima-autor, sin reconocerse el interés público que puede existir en la persecución de los delitos, a lo que debería llegarse es precisamente al abolicionismo penal, de modo que las ideas de justicia restaurativa tuvieran totalmente aplicación, no existiendo de ninguna manera una alternativa de una justicia penal, la que debería ser eliminada totalmente, por no tener razón de ser. Ello no necesariamente operaría en beneficio de los autores de hechos delictivos, puesto que puede favorecer las reacciones de hecho, a lo que ha hecho mención Luigi Ferrajoli en su crítica al abolicionismo<sup>34</sup>. De todas maneras es importante anotar que en general los proyectos de justicia restaurativa tienden a eliminar la posibilidad de aplicación en los delitos de gran gravedad, ello ya que se considera que sería contrario a la prevención general<sup>35</sup>, lo que no es conforme a la adopción de una concepción abolicionista. En este sentido con respecto a los delitos

---

<sup>32</sup> Sobre ello: Tiffer Sotomayor, Carlos, *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 307-367.

<sup>33</sup> En contra: Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 129-131; Bovino, Alberto, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*. En: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Director). *Derecho, Proceso Penal y Victimología*. Mendoza, Ediciones del Cuyo, 2003, pp. 430-432.

<sup>34</sup> Ferrajoli, Luigi, *El Derecho Penal Mínimo*. En: Poder y Control (España), No. 0, 1986, pp. 25-48; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros), Madrid, 1995, pp. 338-341.

<sup>35</sup> Señala Antonio García-Pablos de Molina refiriéndose a las infracciones de especial gravedad: *“Motivos de prevención general no permiten sustraer éstas del enjuiciamiento convencional o someterlas al libre juego de fuerzas de la negociación, el pacto y el arreglo entre los litigantes”*. García-Pablos de Molina. *Criminología...*, p. 649 (véase también p. 633).

graves el Grupo de Expertos que elaboró los principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, indicó: “*Los procedimientos restaurativos debían adaptarse cuidadosamente si se utilizaban en casos de delitos muy graves, cuando no siempre era posible reparar el daño. En esos casos, los procedimientos restaurativos podían constituir un complemento útil del sistema de justicia penal establecido. A menudo la mera creación de un expediente veraz sobre los hechos acaecidos suponía importantes beneficios psicológicos tanto para los delincuentes como para las víctimas. Un ejemplo era la reciente labor de la Comisión de Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica*”<sup>36</sup>.

## VII. EXTENSIÓN INTERNACIONAL DE LAS IDEAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

---

<sup>36</sup> Cf. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit., p. 7. Debe tenerse en cuenta en cuanto al abolicionismo, que si se desarrolla en forma coherente éste, debería llevar también a la despenalización de las violaciones de derechos humanos por parte de funcionarios estatales o grupos paramilitares, lo que es particularmente grave en la realidad latinoamericana. En este sentido indica Mauricio Martínez: “*El abolicionismo al tomar solo el sistema penal ‘visible’, desconoce la existencia de sistemas punitivos paralelos y clandestinos constituidos por escuadrones de la muerte, grupos de auto defensa o comandos paramilitares ligados con las autoridades oficiales y que ha sido una práctica común en la mayoría de Estados latinoamericanos para combatir a lo que conciben como ‘enemigo político’ o incluso a los parias que el Estado mismo engendra*”. Martínez, Mauricio, op. cit., p. 65. Véase también: Pérez Pinzón, Orlando, op. cit., p. 84. Una de las críticas al abolicionismo es precisamente que tiene un carácter utópico, haciendo referencia generalmente a delincuencia bagatelaria, con respecto a la cual debería pensarse en la decriminalización, pero no trata casos de delincuencia violenta privada o estatal. Las dificultades del abolicionismo para tratar los actos de terrorismo han sido reconocidos por el mismo Hulsman, el que dijo en una entrevista: “*Por cuanto se refiere al terrorismo, tengo la impresión que efectivamente, la desaparición del derecho penal comportaría en este campo los mayores problemas. Aún después de la abolición del sistema penal, los mecanismos sustitutivos que podrían afrontar tal problema retomarían casi con seguridad muchos instrumentos sustitutivos que podrían afrontar tal problema retomarían casi con seguridad muchos instrumentos típicos del control. Se debería en tal caso buscar una limitación y jurisdiccionalización de su uso. Personalmente pienso que el sistema comprendería, por un lado, los elementos del derecho de guerra y, por otro, elementos bastante próximos al actual derecho penal*”. Cita conforme a la traducción que aparece en: Pavarini, Massimo, *El sistema de Derecho Penal entre abolicionismo y reduccionismo*. En: Poder y Control (España), No. 1, 1987, p. 156, cita al pie 39. Polémico es el “*acto de fe*” de Hulsman en el sentido de que “*El crimen organizado existe sólo como producto del sistema penal; la desaparición de éste eliminaría también este problema*”. En: Pavarini, Massimo, *El sistema...*, p. 156, nota al pie 37.

Los proyectos de justicia restaurativa, los que varían unos de otros en cuanto a requisitos y consecuencias, han llegado a extenderse a diversos países, por ejemplo Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda, Lovaina (en Bélgica), Francia, Italia, Finlandia, Noruega, Alemania, Austria, Cataluña (en España), Japón, Brasil, Sudáfrica, Nueva Zelanda y Australia<sup>37</sup>.

El auge de las ideas de justicia restaurativa se expresa en la extensión de los programas de mediación víctima-autor, puesto que a pesar de que a finales de la década de los setenta del siglo pasado existían solamente unos pocos programas en Estados Unidos y Canadá, a mediados de los noventa se calculaba la cantidad de programas existentes en unos mil, existiendo aproximadamente 318 en América del Norte y 712 en Europa<sup>38</sup>.

Las ideas de justicia restaurativa se han extendido en el Derecho Penal Juvenil latinoamericano, a través de instituciones como la suspensión del proceso a prueba y la conciliación, lo mismo que en el Derecho Procesal Penal de adultos, como consecuencia del impulso reformador del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988<sup>39</sup>.

## VIII. JUSTICIA RESTAURATIVA DENTRO DE LOS FINES DE LA PENA

En los Estados Unidos y Canadá, debe admitirse, no se persigue en general una justificación de la justicia restaurativa dentro de los fines de la sanción penal, aunque no faltan referencias al respecto. Lo anterior en gran parte debido al carácter práctico que caracteriza al sistema jurídico anglosajón, el que no tiene las preocupaciones teóricas que existen en el sistema continental europeo.

---

<sup>37</sup> Cf. García-Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de Criminología*, p. 1016.

<sup>38</sup> Cf. Umbreit, Mark, *Avoiding The Marginalization and "McDonalization" of Victim-Offender Mediation: A Case Study in Moving Toward the Mainstream*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, p. 213.

<sup>39</sup> Este Código, sin embargo, previó solamente la suspensión del proceso a prueba. A pesar de la importancia en la difusión de las ideas de la justicia restaurativa, solo en forma parcial es expresión de ellas, puesto que no exige la conformidad de la víctima (Art. 83). Cf. Llobet Rodríguez, Javier, *La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano alemán)*. San José, Escuela Judicial, 1993, p. 94. En ello se han apartado en general los Códigos que se han venido aprobando en los últimos años en Latinoamérica.

El sistema penal no puede justificar las ideas de justicia restaurativa en la mera satisfacción de los intereses de la víctima, puesto que precisamente el sistema penal interviene frente a las graves infracciones a la vida en sociedad que trascienden en definitiva los intereses de la víctima<sup>40</sup>. En otras palabras, si se tratara simplemente de un conflicto privado entre autor y víctima, entonces no tendría razón de establecerse la conducta como delictiva, ni de pensarse como tal en caso de ausencia de acuerdo con la víctima. Por ello es de gran importancia la justificación que se le ha tratado de dar por Claus Roxin a la relevancia al acuerdo autor-víctima en cuanto a la reparación<sup>41</sup> y que recibió acogida en el Proyecto Alternativo de reparación, presentado por profesores alemanes, austriacos y suizos en 1992. Se ha sostenido así que la reparación cumple en definitiva funciones de prevención general positiva y de prevención especial positiva, ello ya que en delitos no graves se logra que se restablezca la paz jurídica perturbada por el hecho delictivo, esto a través del reconocimiento de su falta por parte del autor,

---

<sup>40</sup> Ello es lo que lleva a Juan Marcos Rivero a criticar fuertemente la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño por tratarse de una “civilización” del Derecho Penal, atribuyéndole además a la reparación funciones penales, con lo que se penaliza el Derecho Civil. Cf. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal. Granada. Editorial Comares, 2004, pp. 163, 170-185; Rivero Sánchez. ¿Penalización del Derecho Civil o civilización del Derecho Penal? En: Armijo/Llobet/Rivero. Nuevo proceso penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 85-134. Albin Eser hace referencia a los diversos problemas que implican las nuevas tendencias del Derecho Procesal Penal que llevan a una “reprivatización” del Derecho Penal, lo que conduce a un enfrentamiento con las máximas en que se ha basado. Aun cuando advierte frente a los problemas que ello puede traer, no se pronuncia en contra de ello. Eser. Funktionwandel strafrechtlicher Prozessmaximen: Auf dem Weg zur “Reprivatisierung” des Strafrechts? En: Kroeschell (Editor). Recht und Verfahren, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, pp. 21-53. Por su parte, Heinz Müller Dietz hace referencia a la liberación del Derecho Penal del pensamiento civilista en lo relativo a la justificación de la reparación como causal de sobreseimiento. Indica que si bien el Derecho Civil tiene una influencia con respecto a la reparación, porque no puede disponerse la reparación cuando no sea procedente de acuerdo al Derecho Civil, o bien no puede disponerse una reparación superior a la que correspondería de acuerdo con el Derecho Civil, la justificación de la reparación como causal de sobreseimiento hay que buscarla en el Derecho Penal y no en el Derecho Civil. Cf. Müller-Dietz. *Zur Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken – am Beispiel der Schadenswiedergutmachung (Par. 56b II Nr. 1 StGB)*. En: Jahr (Editor). *Gedächtnisschrift für Dietrich Schutz*. Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG, 1987, pp. 253-269..

<sup>41</sup> Cf. Roxin. C.: *Schlussbericht*. En: Eser/Kaier/Madlener (Editores). *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990, pp. 367-375; Roxin, C.: *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. En: Maier y otros *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 129-156.

unido a que tiene también efectos de prevención especial positiva, en cuanto lleva al enfrentamiento del autor con las consecuencias dañosas sufridas por la víctima y a la asunción de su responsabilidad con ella, lo que es positivo desde el punto de vista rehabilitador. Se asocia ello con la concepción de que para la imposición de una pena debe haber necesidad de ella, de modo que si a través de la reparación se logran efectos de prevención general positiva y prevención especial positiva, la imposición de una pena se torna innecesaria, actuándose en definitiva de acuerdo con el principio de ultima ratio o mínima intervención, ya que se evita imponer una pena, la que reúne un carácter más gravoso que las obligaciones asumidas por el imputado a través de la reparación. Así se señala en el proyecto Alternativo de reparación: *“La reparación sirve al establecimiento de la paz jurídica también a través del cumplimiento de fines de prevención general y especial. En el caso del efecto preventivo-general, sólo puede tratarse, en correspondencia con el contenido constructivo de la reparación, de la variante positiva – la prevención de integración (...). A este respecto ya hace mucho que se observó que el sentimiento en la comunidad de preocupación sobre la infracción de la norma y de estar en peligro, originado por la comisión del delito, puede ser suprimido mediante la reconciliación entre autor y víctima (...). Además, la reparación es capaz de proporcionar a la comunidad el convencimiento de que el Estado se ocupa de los intereses de la víctima. Por tanto, las aspiraciones centrales de una prevención general dirigida hacia integración y satisfacción para la restauración de la paz jurídica son el efecto de confianza, cuando el hecho se impone para el ciudadano, y el efecto de satisfacción, cuando el delincuente ha hecho tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza y considera solucionado el conflicto con el autor (...). Simultáneamente, el autor que repara el daño voluntariamente reconoce demostrativamente la vigencia de las normas lesionadas por él. En muchos casos, la comunidad jurídica podrá darse por satisfecha con ello. Factores de acción preventivo-especial se dan en varios extremos: A través de la posibilidad de la reparación voluntaria con consecuencias positivas para la sanción, el autor es motivado a enfrentarse con las consecuencias del hecho y el dolor de la víctima. Esto puede conducir a una consternación favorecedora de la resolución (...). Por consiguiente, la experiencia del hecho y el intento de reparación son puntos de partida decisivos para el aprendizaje social referido al hecho – por tanto, específicamente penal. En el caso concreto pueden desarrollarse una*

*sensibilidad social para los derechos de otros y una actitud de autonomía y diálogo en la superación de conflictos”*<sup>42</sup>.

Esta justificación se da tanto en el Derecho Penal de adultos, como en el Derecho Penal Juvenil, solamente con la diferencia de que en este último el carácter esencial que tiene el principio educativo, asociado a la prevención especial positiva, hace que ésta tenga el carácter preponderante, de modo que la consecución de fines de prevención general positiva, adquiere un carácter meramente secundario.

## **IX. RESULTADOS DE LOS PROYECTOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA**

Importante es que en lo atinente a la justicia penal juvenil se han realizado diversos estudios con respecto a los efectos preventivos de los proyectos de justicia restaurativa. Así se ha constatado en algunos proyectos de los Estados Unidos de América que los jóvenes que establecieron contacto con la víctima y realizaron prestaciones de reparación son significativamente menos reincidentes que los jóvenes que no accedieron a establecer los contactos correspondientes en el marco de las penas suspendidas a prueba. Se comprobó que la reincidencia depende de la magnitud de la reparación, de modo que cuando se tuvo que pagar una suma mayor los resultados fueron menos satisfactorios, pues los jóvenes tenían la conciencia de que debían trabajar durante un tiempo demasiado largo para la víctima<sup>43</sup>.

En otros estudios de los Estados Unidos de América se comparó la asistencia a prueba tradicional, la suspensión condicional con la obligación de reparar y la pena privativa de libertad y se llegó a la conclusión de que, a la vista de la casi identidad de los índices de reincidencia, desde el punto de la rentabilidad, el programa de reparación era más favorable<sup>44</sup>.

## **X. PARTICIPACIÓN VOLUNTARIA EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU PROBLEMÁTICA**

---

<sup>42</sup> *Proyecto alternativo sobre reparación penal* (Traducción: Beatriz de la Gándara Vallejo). Buenos Aires, Konrad-Adenauer Stiftung y otros, 1998 pp. 44-45. Véase el proyecto en alemán: Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtler: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM). Múnich, 1992.

<sup>43</sup> Cf. Dünkel, Frieder, *La conciliación del delincuente víctima...*, p. 137.

<sup>44</sup> Cf. Dünkel, Frieder, *La conciliación del delincuente víctima...*, p. 137.



En la justicia restaurativa es fundamental la participación voluntaria del autor y de la víctima. La necesidad del consentimiento del imputado es enfatizada por las Reglas de Tokio, al indicar: “3.4 *Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento*”. Desde esta perspectiva no podría imponérsele al imputado el cumplimiento de determinadas obligaciones no aceptadas por él<sup>45</sup>.

No puede, sin embargo, desconocerse que la voluntariedad de la participación del imputado en el diálogo con la víctima, lo mismo que la asunción de obligaciones como consecuencia del acuerdo a que se llegara, no deja de tener la presión de que en caso de que no se llegue a un acuerdo o no se cumpla el mismo, el proceso penal continuará, pudiendo dar lugar incluso a una sentencia condenatoria y con ello podría implicar la imposición de una pena privativa de libertad<sup>46</sup>. Lo anterior es reconocido por el Grupo de Expertos que elaboró los principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, que indicó: “*El Grupo de Expertos era conciente de que la mayor parte de las veces los delincuentes se enfrentaban con la alternativa del enjuiciamiento y el castigo si no participaban, y estimó que, en ese sentido, debía entenderse que la palabra ‘coaccionar’ se refería únicamente a una coacción extrajudicial o indebida y no a las influencias derivadas de la posibilidad de enjuiciamiento, castigo u otros procedimientos judiciales*”<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Sobre la voluntariedad como presupuesto necesario: Kemelmeyer de Carlucci, op. cit., pp. 194-196.

<sup>46</sup> Se ha cuestionado por ello si se quebranta el derecho de abstenerse de declarar, ello en cuanto se da un trato más benigno al que acepta reparar el daño, exigiéndosele generalmente un reconocimiento expreso de su culpabilidad, de modo que cuando el sujeto se niega a ello y se llega a la imposición de una sentencia condenatoria recibe un trato más riguroso. En efecto no puede dejarse de considerar que el imputado “(...) *se ve sometido a una propuesta compensatoria, bajo la ‘espada de Damocles’ de la aplicación de una pena, en una sentencia eventual cuyo signo – absolucón o condena – él no domina ni puede calcular totalmente en la mayoría de los casos*”. Maier, Julio, *El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho Penal argentino*. En: Maier, Julio/Binder, Alberto. *El Derecho Penal hoy*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 47. Esta problemática es resaltada en Alemania por Schünemann. Citado por Wambach, Thomas, *Diskussionsbericht zum ersten Arbeitssitzung (13.3.1989/Vormitag)*. En: Eser, Albin/Kaiser, Günther/Madlener; Kurt. *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990, p. 87.

<sup>47</sup> Cf. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit., pp. 9-10. Sobre el tema: Llobet Rodríguez, Javier, *Conciliación imputado-*

Sin embargo, debe aceptarse, aunque sin entusiasmo, la relevancia de la reparación para el archivo del asunto, como expresión del principio de mínima intervención, ello tomando en cuenta no solamente lo expresado por el imputado a favor del acuerdo, sino también que en caso de incumplimiento de ese acuerdo no debe llegarse a la imposición de una pena, no pudiéndose llegar por ello a una sanción privativa de libertad, sino únicamente puede implicar que prosiga el procedimiento penal.

## XI. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN REPARATORIA Y SU PROBLEMÁTICA CON LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Las obligaciones que se asume pueden ser de carácter simbólico, siendo incluso posible la simple formulación de disculpas. Sobre ello señala Frieder Dünkel: “*La modalidad más amplia de conciliación delinciente-víctima consiste en la amplia reconciliación alcanzada en el marco de un encuentro personal entre el delinciente y la víctima, que con frecuencia relega a un segundo plano las reparaciones materiales. Muchas veces, las víctimas están dispuestas a aceptar una disculpa del delinciente y esfuerzos más bien simbólicos de reparación*”<sup>48</sup>. Muchas veces el acuerdo puede implicar prestar determinadas prestaciones a favor de la víctima, por ejemplo el arreglarle el jardín<sup>49</sup>. Debe reconocerse que en el marco del Derecho Penal Juvenil las posibilidades de una reparación integral del daño de carácter monetario, son más bien limitadas, debido a que en general los jóvenes que son sometidos a la justicia penal juvenil han sido socialmente marginados. De hecho una indemnización monetaria puede

---

*víctima, reparación del daño y Estado de Derecho*. En: Armijo, Gilbert/Llobet Rodríguez, Javier/Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Proceso Penal y Constitución*. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 213-217, en donde se indica que en definitiva el trato diverso que se da al imputado que interviene en la conciliación está justificado desde la perspectiva de la teoría de la fijación de la pena, ello siguiendo la concepción del no rebasamiento de la culpabilidad, que permite una sanción menor a la culpabilidad o incluso hasta prescindir de una sanción, cuando existe una falta de necesidad de la pena.

<sup>48</sup> Dünkel, Frieder, *La conciliación delinciente-víctima...*, p. 117.

<sup>49</sup> Indica Frieder Dünkel: “*Al parecer, y sobre todo en Inglaterra y los Estados Unidos se acuerdan (...) con mayor frecuencia prestaciones directas de trabajo del delinciente en beneficio de la víctima (por ej. la reparación del mobiliario de instalaciones dañadas, trabajos de jardinería, entre otros)*”. Dünkel, Frieder, *La conciliación delinciente víctima...*, p. 117.

llegar a ser desaconsejable, ya que puede llevar a la comisión de nuevos delitos para obtener el dinero requerido.

La reparación no deja de tener problemas con el principio de presunción de inocencia, ello en cuanto las obligaciones que puede asumir el imputado como consecuencia del acuerdo al que llega con la víctima, implican en general restricciones a sus derechos, que en un sentido amplio pueden ser catalogadas como sanciones<sup>50</sup>. A pesar de ello es absurdo que se llegue a negar la posibilidad de la reparación como causal de archivo del asunto y que se exija que se tenga que continuar el proceso y se pueda llegar a imponer una pena, que podría ser privativa de libertad. Como lo indica Luciano Varela señala, refiriéndose a la suspensión del proceso, “(...) *resulta difícil explicar que se limite aquella autonomía so pretexto de garantía del individuo al que se le niega. Así, aun cuando éste rechazo el estrépito del proceso o la demora de su resolución, deberá soportar uno y otra en aras de la protección frente a sospechados ataques a su libertad. Algo así como empeorar al enfermo suministrándole dosis de salud*”<sup>51</sup>. En el problema entre la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad debe acudir en definitiva al principio que otorga mayor protección al imputado en el caso concreto<sup>52</sup>, que es el segundo, a través del subprincipio de proporcionalidad, todo tomando en cuenta además la anuencia del imputado, que debe decidir qué es lo que más le conviene.

## **XII. PELIGRO DE UNA EXTENSIÓN DE LAS REDES DEL CONTROL SOCIAL**

---

<sup>50</sup> Sobre esta problemática: Llobet Rodríguez, Javier, *Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho*, pp. 208-213. Un sector importante de la doctrina a considerar, no sin razón, refiriéndose al archivo del proceso bajo el cumplimiento de condiciones previsto en la Ordenanza Procesal Penal alemana, que se violenta la presunción de inocencia, ya que se impone una sanción sin la necesaria demostración de la culpabilidad, ello a alguien que se haya protegido con la mencionada presunción. Cf. Dencker. *Bagatelldelikte im Entwurf eines EGSStGB*. En: JZ (Alemania), 1973, p. 150; Meyer. *Grenzen der Unschuldsvermutung*. En: *Festschrift für Herberth Tröndle* (Editor: H.H. Jescheck y otros). Berlín y otros, 1989, pp. 64-65.

<sup>51</sup> Varela. *Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso*. En: *La victimología* (Editor: Consejo Nacional del Poder Judicial). Madrid, 1993, p. 117.

<sup>52</sup> Sobre el principio de proporcionalidad y su rango constitucional: J. Llobet Rodríguez. *La prisión preventiva*. San José, Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 224-226.

Se debe ser vigilante en cuanto al desarrollo de la práctica de la justicia restaurativa, para la misma se constituya realmente en una reducción de la reacción penal estatal, de modo que el principio educativo, que está detrás de dicha justicia, no conduzca, al igual que como ocurría en la doctrina de la situación irregular, a una extensión del control social, llegándose en definitiva a unas “redes más amplias y sutiles”, que ha sido una de las críticas que ha formulado la criminología crítica con respecto a las penas alternativas<sup>53</sup>.

### XIII. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL DERECHO PENAL JUVENIL

---

<sup>53</sup> Sobre ello: Llobet Rodríguez, Javier, *El interés superior del niño y garantías procesales y penales*. En: UNICEF (Editor). Ley de justicia penal juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas. San José, UNICEF, 2000, pp. 49-50; Llobet Rodríguez, Javier, *Interés superior del niño, protección integral y garantismo (En particular con respecto a las sanciones y sus alternativas en el Derecho Penal Juvenil)*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier. La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. San José, ILANUD/UNICEF/Unión Europea, 1999, pp. 19-20. Sobre ello dice Albrecht: “En la lectura de toma de posición en la praxis de diversificación en Estados Unidos tiene que tomarse en cuenta como tenor esencial del reproche la ampliación del control social, designada a menudo con el concepto ‘widening the net’ (ampliación de la red de control social)... Este reproche surgió inicialmente en los Estados Unidos. Allí rige el principio de oportunidad, que coloca a la policía en la situación de sólo amonestar a sospechosos menores, sin incoar un procedimiento penal formal. En el marco del programa de diversificación, una parte de los menores, respecto de los cuales se habría evitado previamente un procedimiento penal, fueron sometidos ahora a un programa de ‘tratamiento’ social (terapia, trabajo social, etc.) en el marco de la diversificación... de este modo, ciertamente, la cantidad de menores incorporados a las ‘correctional facilities’ propias de la justicia disminuyó; sin embargo, el número de menores en conjunto en conexión con delincuencia sometidos estacionariamente aumentó”. Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho Penal de Menores*. Barcelona, PPU, 1990, p. 159. En Costa Rica en materia penal juvenil esta ampliación del control social hasta la fecha no se ha dado, pero debe reconocerse que han existido una serie de casos en los que las condiciones impuestas para la suspensión del proceso a prueba eran excesivas y con ello desproporcionadas. Véase, por ejemplo, el caso resuelto por el Tribunal Penal Juvenil mediante el voto 180-2000 del 23 de noviembre del 2000. Véase también el caso referido por Juan Marcos Rivero en: UNICEF (Editor), *Jornadas de reflexión sobre la ley de justicia penal juvenil*. San José, UNICEF, 2001, p. 89. Con respecto al Derecho Penal de adultos las soluciones alternativas, aunque han llevado a una disminución de la cantidad de penas, no han podido impedir que se haya aumentado la cantidad de personas privadas de libertad. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal Penal. I. Aspectos generales*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005, pp. 206-207.

Las ideas de justicia restaurativa tienen una gran acogida dentro del nuevo paradigma de la justicia penal juvenil, que supuso la adopción de la llamada doctrina de la protección integral, a través de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño y los instrumentos internacionales que la complementan. Ello implicó la asunción por el Derecho Penal Juvenil de las garantías que tradicionalmente sólo se aplicaban al Derecho Penal de adultos, a las que se agregaron una serie de garantías adicionales propias de la justicia juvenil, que son propiamente las que caracterizan a la misma.

Dentro del sistema de derechos establecidos en la justicia penal juvenil uno de los que sobresale es la búsqueda de la desformalización o desjudicialización, ello a través de la diversion, ya sea con intervención o sin intervención. Se parte en definitiva del carácter episódico que tienen las conductas delictivas de los jóvenes<sup>54</sup>, siendo en gran parte consecuencia de los conflictos que implica la adolescencia en sí, sin que luego de pasada la misma necesariamente impliquen que se va a continuar una carrera delictiva<sup>55</sup>. Se agrega a ello que en ocasiones el carácter episódico de la delincuencia juvenil hace que la mejor respuesta es la falta de respuesta del sistema penal. Precisamente en relación con la desformalización con intervención es que encuentra cabida la justicia restaurativa, llegándose incluso en muchas ocasiones a caracterizar la justicia penal juvenil como restaurativa.

La desformalización, que es expresión del principio de ultima ratio, se encuentra prevista en la regla 11 de las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, que dice:

*“Remisión de casos*

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

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

---

<sup>54</sup> Cf. Dünkel, Frieder, *Reacciones en los campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, p. 545.

<sup>55</sup> Así se indica en los comentarios a las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, ello al comentarse la regla de la remisión. Véase además: Tiffer Sotomayor, Carlos, *Desjudicialización...*, p. 318.

*casos discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.*

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

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

A través de la remisión pueden llegarse a favorecer soluciones de justicia restaurativa, aunque debe anotarse que la remisión implica que las mismas se den fuera del ámbito de la justicia penal juvenil, lo que es concordante con la concepción de la justicia restaurativa tal y como se da en los Estados Unidos de América, en donde intervienen organizaciones privadas en la mediación.

En los comentarios a dichas Reglas se señala que la remisión: *“sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de 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”.*

Se indica además que se 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”.*

Con ello, al hacerse referencia a la indemnización a la víctima a través de la avenencia, se incluyó dentro de las recomendaciones a la justicia restaurativa.

En el ámbito europeo es importante mencionar la recomendación No. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 18 de septiembre de 1987.

Recomendó:

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

*“3. Adoptar las medidas necesarias para que en el curso de estos procedimientos:*

*- se aseguren la aceptación por el menor de las eventuales medidas que condicionan la desjudicialización y, si es preciso, la colaboración de su familia;*

*se conceda una atención adecuada tanto a los derechos e intereses de la víctima como a los del autor”.*

La Convención de Derechos del Niño de 1989 señala en su artículo 40 inciso 3 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”.*

Se trata de una norma muy general, que da lugar tanto a la diversion sin intervención, que se favorece, como a la diversion con intervención, dentro de la cual se ubica la justicia restaurativa.

La Convención Americana de Derechos Humanos no hace referencia expresa a la desjudicialización o desformalización y con ello tampoco a la justicia restaurativa. Sin embargo, es importante anotar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya en el caso de “Los niños de la calle”, por sentencia del 19 de noviembre de 1999, había admitido la posibilidad de que la Convención de Derechos del Niño sirviera para la interpretación del artículo 19 de la Convención Americana. Por su parte, en la opinión consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto del 2002, en la que desautorizó una justicia penal juvenil que se rigiera por el sistema de la situación irregular, hizo mención expresa a la desjudicialización, indicando

*“Justicia alternativa*

*“135. 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”.*

#### **XIV. LA ADMISIÓN DE LAS IDEAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO PENAL DE ADULTOS**

Dentro del Derecho Penal Juvenil es en donde se empezó a buscar la aplicación de la justicia restaurativa, como consecuencia de las características propias del mismo y del énfasis del principio educativo.

En los últimos tiempos dicha tendencia se aprecia también en el Derecho Penal de adultos, que ha llegado a aprobar también recomendaciones en el ámbito de la ONU en ese sentido. A lo anterior hacen referencia, por ejemplo, la declaración de la ONU sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder del 29 de noviembre de 1985. Así se estableció en el numeral 7:

*“Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación de favor de las víctimas”.*

En las normas de aplicación dicha declaración del 24 de mayo de 1989 se señaló:

*“Cuando funcionen o se hayan introducido recientemente mecanismos oficiosos de solución de controversias (se recomienda) velar, en la medida de lo posible y tomando debidamente en cuenta los principios jurídicos establecidos, porque se atienda plenamente a los deseos y a la sensibilidad de las víctimas, y que el resultado les represente un beneficio por lo menos equivalente al que hubieran obtenido recurriendo al sistema oficial”.*

A ello se agrega la recomendación No. R (85) 11 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa del 28 de junio de 1985, que recomendó *“examinar las posibles ventajas de la mediación y la conciliación”* (II. 1).



Puede afirmarse que existe una tendencia internacional en el Derecho Penal de adultos, bajo la influencia del Derecho Penal Juvenil, al reconocimiento de la reparación como causal que da lugar al archivo del proceso o bien a prescindir o atenuar la pena<sup>56</sup>. A pesar de lo anterior, debe reconocerse que la extensión de la admisión de la justicia restaurativa en el Derecho Penal de adultos, no llega a tener la amplitud que presenta en el Derecho Penal Juvenil<sup>57</sup>.

De gran importancia, por la difusión que ha tenido, es el proyecto alternativo de reparación, presentado en 1992 por un grupo de profesores alemanes, suizos y austriacos<sup>58</sup>. Sin embargo, el proyecto, de gran relevancia en cuanto a la justificación de la reparación de acuerdo con los fines de la pena, ha sido superado en cuanto a la extensión de la aplicación de la reparación por las legislaciones procesales penales latinoamericanas, en cuanto han previsto la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño como causales que dan lugar al archivo del proceso<sup>59</sup>.

El 28 de julio de 1999 el Consejo Económico y Social de la ONU aprobó una resolución recomendando a los Estados miembros el uso de la mediación y la justicia restaurativa cuando el caso fuese apropiado para ello y llamó a la Comisión para la Prevención del Delito para que considerara el desarrollo de unos principios para el uso de esos programas<sup>60</sup>.

La declaración de Viena sobre delincuencia y la justicia frente a los retos del siglo XXI, tomada por RES/55/59 del 4 de Diciembre de 2000 de la Asamblea General de Naciones Unidas, indicó:

---

<sup>56</sup> Sobre ello: Eser, Albin/Kaiser, Günther/Madlener, Kurt (Editores), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Freiburg, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990; Wambach, Thomas, *Straflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenstrafrecht*. Freiburg, Max Planck Institut für Strafrecht, 1996; Pérez Sanzberro, Guadalupe, op. cit.; Alastuey Dobón, Carmen, op. cit.; Varona, Gema, op. cit.; Rodríguez Fernández, Gabriela (Compiladora), *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

<sup>57</sup> Cf. Llobet Rodríguez, Javier, *Principios de la fijación de la sanción penal juvenil*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 397-400.

<sup>58</sup> Cf. Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtler, op. cit.; *Proyecto alternativo sobre reparación penal*, op. cit.

<sup>59</sup> Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *La víctima en el proceso penal centroamericano*. En: Bertolino, Pedro (Editor). Buenos Aires (Argentina), Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 359-366.

<sup>60</sup> Sobre ello: Van Ness, Daniel/Morris, Allison/Maxwell, op. cit., p. 11.

*“28. Alentamos la elaboración de políticas, procedimientos y programas de justicia restitutiva que respeten los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, las comunidades y demás partes interesadas”.*

Por su parte la resolución RES/56/261, tomada durante la 93ª. Sesión plenaria de Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de enero de 2002, correspondiente a los planes de acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI, al referirse a las medidas relativas a la justicia restitutiva, recomendó como medidas nacionales para dar cumplimiento y seguimiento a los compromisos adquiridos con arreglo al párrafo 28 de la declaración de Viena y promover el empleo de políticas, procedimientos y programas de justicia restitutiva:

*“Individual y colectivamente, según proceda, los Estados se esforzarán por apoyar las medidas siguientes:*

*a) Tener en cuenta la resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social, de 27 de julio de 2000, titulada ‘Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal’, al examinar la conveniencia y los medios de establecer principios comunes;*

*b) Tratar los delitos, especialmente los de menor cuantía, conforme a la práctica consuetudinaria en lo tocante a la justicia restitutiva, cuando exista tal práctica y ésta sea apropiada, a condición de que con ello se respeten los derechos humanos y se cuente con el consentimiento de los interesados;*

*c) Utilizar los medios conciliatorios previstos en la legislación interna para resolver los delitos, especialmente los de menor cuantía, entre las partes, recurriendo, por ejemplo, a la mediación, la reparación civil o los acuerdos de indemnización de la víctima por parte del delincuente;*

*d) Promover una cultura favorable a la mediación y la justicia restitutiva entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, judiciales y sociales competentes, así como entre las comunidades locales;*

*e) Impartir formación apropiada a los encargados de la elaboración y la ejecución de las políticas y programas de justicia restitutiva;*

*f) Fomentar la reeducación y la rehabilitación de los delincuentes juveniles alentando, cuando proceda, el recurso a la mediación, la solución de conflictos, la conciliación y otras medidas de justicia restitutiva en*

*sustitución de las actuaciones judiciales y las sanciones privativas de la libertad;*

*g) Elaborar y aplicar políticas y programas de justicia reformativa, teniendo en cuenta los compromisos internacionales contraídos con respecto a las víctimas, en particular la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder;*

*h) Fomentar la cooperación entre los gobiernos y la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales pertinentes, para ejecutar programas de justicia reformativa y obtener apoyo público para la aplicación de los principios de la justicia reformativa”.*

La relevancia de las ideas de justicia restaurativa queda clara a nivel internacional con el informe de Expertos en justicia restaurativa presentado en el Consejo Económico y Social de la ONU para su distribución general el 7 de enero del 2002, con el que se presentaron los elementos de una declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. En el preámbulo se hace referencia a los antecedentes en la forma de solución de conflictos por los grupos indígenas, recalándose además la importancia que pueden tener las ideas de justicia restaurativa para lograr la armonía social, mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades. En relación con las ideas de justicia restaurativa se recalca el interés en la protección del interés de las víctimas, pero también los efectos positivos que desde el punto de vista preventivo puede tener la justicia restaurativa. Además se enfatizan los beneficios obtenidos por la comunidad. Así se dice:

*“Este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia”<sup>61</sup>.*

En cuanto al concepto de “proceso restaurativo”, se dice que se “(...) se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con

---

<sup>61</sup> Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit.

*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”<sup>62</sup>.*

Por otro lado, 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 el delincuente*”<sup>63</sup>.

## **XV. CONCLUSIONES**

El reconocimiento de la justicia restaurativa en la Justicia Juvenil, debido a los buenos resultados producidos, de acuerdo con el principio educativo, ha llegado a tener acogida dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, comprendiendo dentro de éste no sólo a los menores de edad, sino también a los adultos.

Es importante anotar que en el nuevo paradigma de la justicia penal juvenil, el mismo fue influenciado por el Derecho Penal de adultos, en cuanto se asumieron las garantías de Derecho Penal y Procesal Penal que habían sido reconocidas en éste. Sin embargo, a la inversa el Derecho Penal Juvenil ha influenciado al Derecho de adultos, esto, por ejemplo, en lo atinente a las ideas de justicia restaurativa, aunque debe reconocerse que siempre el Derecho Penal Juvenil va más adelante que el Derecho de adultos. Así en lo relativo a la justicia restaurativa, como expresión de la desformalización, el Derecho Penal Juvenil implica posibilidades más amplias de aplicar las ideas de justicia restaurativa.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Alastuey Dobón, Carmen. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia, Tirant lo blanch, 2000.

---

<sup>62</sup> Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit.

<sup>63</sup> Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit.

Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho Penal de Menores*. Barcelona, PPU, 1990.

Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtlehrer. *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*. München, Verlag C. H. Beck, 1992.

Blagg, Harry. *Aboriginal Youth and Restorative Justice: Critical Notes from the Australian Frontier*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 227-242.

Barker, Licius/Barker, Twiley. *Civil liberties and the Constitution*. Nueva Jersey, 1982.

Bazemore, Gordon. *After Shaming, Whither Reintegration: Restorative Justice and Relational Rehabilitation*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 175-194.

Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999.

Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode. *Introduction: Restorative Justice and the International Juvenile Justice Crisis*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 1-13.

Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode. *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 45-74.

Borja, Emiliano. *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*. Valencia, Tirant lo blanch, 2001.

Bovino, Alberto. *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*. En: Eser y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 261-279;

Bovino, Alberto, *Manual del buen abolicionista*. En: *Ciencias Penales (Costa Rica)*, No. 16, 1999, pp. 47-50.

Bovino, Alberto. *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

Bovino, Alberto. *La participación de la víctima en el procedimiento penal*. En: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Director). *Derecho, Proceso Penal y Victimología*. Mendoza, Ediciones del Cuyo, 2003, pp. 409-454.

Burt, Robert. *La constitución de la familia*. En: Beloff, Mary (Editora). *Derecho, infancia y familia*. Barcelona, Gedisa, 2000.

Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, *Justicia restaurativa. Informe del Secretario General*. E/CN.15/2002/5/Add.1.

Dencker, F. *Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB*. En: *JZ (Alemania)*, 1973, pp. 144-151.

Düinkel, Frieder, *La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y la práctica del Derecho Penal en el Derecho Comparado*. En: *Victimología* (Editor: Beristain, Antonio). San Sebastián, Editorial del País Vasco, 1989, pp. 113-147.

Düinkel, Frieder. *Orientaciones de la política criminal en la justicia juvenil*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Düinkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, DAAD/UNICEF, 2002, pp. 491-541.

Dünkel, Frieder. *Reacciones en los campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 543-619.

Eser, Albin. *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*. En: Eser, Albin y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 13-52.

Eser, Albin. *Funktionwandel strafrechtlicher Prozessmaximen: Auf dem Weg zur "Reprivatisierung" des Strafrechts?* En: Kroeschell (Editor). *Recht und Verfahren*, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, pp. 21-53.

Eser, Albin/Kaiser, Günther/Madlener, Kurt (Editores). *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Freiburg, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990.

Feld, Barry. *Rehabilitation, Retribution and Restorative Justice: Alternative Conceptions of Juvenile Justice*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode. (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 18-44.

Ferrajoli, Luigi. *El Derecho Penal Mínimo*. En: *Poder y Control (España)*, No. 0, 1986, pp. 25-48.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón* (traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros), Madrid, Editorial Trotta, 1995.

Fletcher, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1998.

Fletcher, George. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

García-Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de Criminología*. Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

García-Pablos de Molina. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia, Tirant lo blanch, 2005.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

Lammek, Siegfried, *Neue Teorien abweichenden Verhaltens*. Múnich, W. Fink, 1994.

Larrauri, Elena. *Abolicionismo del Derecho Penal. Propuestas del movimiento abolicionista*. En: Poder y control (España), No. 3, 1987, pp.95-116.

Lasocik, Zbigniew/Patek, Monika/Rzeplinska, Irena (Editores). *Abolicionism in History*. Varsovia, 1991.

Llobet Rodríguez, Javier. *La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano alemán)*. San José, Escuela Judicial, 1993.

Llobet Rodríguez, Javier. *Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho*. En: Armijo, Gilbert/Llobet Rodríguez, Javier/Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Proceso Penal y Constitución*. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 187-222.

Llobet Rodríguez, Javier. *Interés superior del niño, protección integral y garantismo (En particular con respecto a las sanciones y sus alternativas en el Derecho Penal Juvenil)*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier. *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*. San José, ILANUD/UNICEF/Unión Europea, 1999, pp. 1-29.

Llobet Rodríguez, Javier. *La prisión preventiva*. San José, Investigaciones Jurídicas, 1999.



Llobet Rodríguez, Javier. *El interés superior del niño y garantías procesales y penales*. En: UNICEF (Editor). *Ley de justicia penal juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas*. San José, UNICEF, 2000, pp. 45-54.

Llobet Rodríguez, Javier. *Garantías en el proceso penal juvenil*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 141-201.

Llobet Rodríguez, Javier. *El principio del interés superior del niño en la justicia penal juvenil*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, DAAD/UNICEF, 2002, pp. 103-138.

Llobet Rodríguez, Javier. *Principios de la fijación de la sanción penal juvenil*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 371-466.

Llobet Rodríguez, Javier. *La víctima en el proceso penal centroamericano*. En: Bertolino, Pedro (Editor). Buenos Aires (Argentina), Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 345-376.

Llobet Rodríguez, Javier. *Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil*. En: Libro en Homenaje a Julio Maier. Buenos Aires (Argentina), Editores del Puerto, 2005, pp. 873-886.

Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal Penal. I. Aspectos generales*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005.

McCold, Paul/Wachtel, Ted. *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*. En: [www.restorativepractices.org/Pages/paradigm](http://www.restorativepractices.org/Pages/paradigm).

Maier, Julio. *El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho Penal argentino*. En: Maier, Julio/Binder, Alberto. *El Derecho Penal hoy*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, pp. 27-52.

Martinson, Robert. *What Works? – questions and answers about prison reform*. En: *The Public Interest*, número 35, 1974, pp. 22-54.

Meyer, K. *Grenzen der Unschuldsvermutung*. En: *Festschrift für Herberth Tröndle* (Editor: H. H. Jescheck y otros). Berlín y otros, 1989, pp. 61-75.

Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002.

Müller-Dietz. *Zur Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken – am Beispiel der Schadenswiedergutmachung (Par. 56b II Nr. 1 StGB)*. En: *Jahr* (Editor). *Gedächtnisschrift für Dietrich Schutz*. Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG, 1987, pp. 253-269.

Pavarini, Massimo. *El sistema de Derecho Penal entre abolicionismo y reduccionismo*. En: *Poder y Control* (España), No. 1, 1987, pp. 141-157.

Pérez Pinzón, Orlando. *La perspectiva abolicionista*. Bogotá, Temis, 1989.

Pérez Sanzberro, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?* Granada, Editorial Comares, 1999.

Platt, Anthony. *Los salvadores del niño*. México, Siglo XXI, 1982.

Portilla, Osvaldo/Muñoz, Eduardo/Llobet Rodríguez, Javier. *El Derecho Indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblo Bibri*. En: Borja, Emiliano (Compilador). *Derecho Indígena*, Valencia, 2006 (en proceso de publicación).

Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala. En: <http://www.clai.org.ec/DOCS/Guatemala/ResConflictos.htm>.

*Proyecto alternativo sobre reparación penal* (Traducción: Beatriz de la Gándara Vallejo). Buenos Aires, Konrad-Adenauer Stiftung y otros, 1998.

Rivero Llano, Abelardo. *La victimología ¿Un problema criminológico?* Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1997.

Rivero Sánchez. *¿Penalización del Derecho Civil o civilización del Derecho Penal?* En: Armijo/Llobet/Rivero. *Nuevo proceso penal y Constitución*. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 85-134.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal*. Granada. Editorial Comares, 2004.

Rodríguez Fernández, Gabriela (Compiladora). *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Roig Torres, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*. Valencia, Tirant lo blanch, 2000.

Roxin. C. Schlussbericht. En: Eser/Kaier/Madlener (Editores). *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990, pp. 367-375.

Roxin, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. En: Eser, Albin y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 129-153.

Sánchez Romero, Cecilia/Houed Vega, Mario. *La abolición del sistema penal*. San José, Editec, 1992.

Strang, Heather. *Justice for Victims of Young Offenders: The Centrality of Emotional Harm and Restoration*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 183-193.

Tiffer Sotomayor, Carlos. *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez,

Javier/Düinkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 307-367.

Umbreit, Mark. *Avoiding The Marginalization and “McDonalization” of Victim-Offender Mediation: A Case Study in Moving Toward the Mainstream*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores), *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 213-234.

UNICEF (Editor). *Jornadas de reflexión sobre la ley de justicia penal juvenil*. San José, UNICEF, 2001.

Varela Castro, L. *Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso*. En: *Victimología* (Editor: Consejo del Poder Judicial). Madrid, 1993, pp. 95-159.

Varona, Gema. *Mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada, Editorial Comares, 1998.

Volio, Fabián. *Abolir el abolicionismo*. En: *La Nación* (periódico), San José, 14 de agosto del 2000.

Volio, Fabián, *Abolicionismo vergonzante*. En: *La Nación* (periódico), San José, 24 de agosto del 2000.

Wambach, Thomas. *Diskussionsbericht zum ersten Arbeitssitzung (13.3.1989/Vormitag)*. En: Eser, Albin/Kaiser, Günther/Madllener, Kurt. *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990, pp. 83-90.

Wambach, Thomas. *Straflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenstrafrecht*. Freiburg, Max Planck Institut für Strafrecht, 1996.

Weigend, Thomas. *Täter-Opfer-Ausgleich in den USA*. En: *MschrKrim*, Heft 2/3, 1992.

Weitekamp, Elmar. *The History of Restorative Justice*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 75-102.

Weitekamp, Elmar. *Mediation in Europa: Paradoxes, Problems and Promises*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 145-160.

Zaffaroni, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 1980, T. I.

Zaffaroni, Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Bogotá, Temis, 1993.