

Informe de Investigación

Título: La Justicia Restaurativa

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal.	Descriptor: Principios Procesales Penales.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Reparación del Daño, Justicia Restaurativa, reparación derivada del delito, conciliación, fortalezas, debilidades.
Fuentes: Doctrina.	Fecha de elaboración: 07 – 2010.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina.....	2
El Sistema Penal Costarricense de Cara al Paradigma de la Justicia Restaurativa.....	2
De los mecanismos de Justicia restaurativa y su ubicación dentro o fuera del ámbito de acción de los aparatos del control social formalizado.....	2
De los mecanismos restaurativos previstos en el Código Procesal Penal de Costa Rica.....	5
Algunas críticas dirigidas a la Justicia restaurativa.....	7
Conclusión.....	10
REFLEXIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	10
1. INTRODUCCIÓN.....	11
2. ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	12
2.1. Las tesis abolicionistas.....	12
2.2. Las tesis resocializadoras.....	12
2.3. Las tesis garantistas.....	13
3. DIVERSOS CONCEPTOS DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.....	13
3.1. La reparación ex delicto o derivada de delito.....	13
3.2. La reparación del daño como consecuencia jurídico-penal.....	13
3.3. La mediación víctima-delincuente, la reconciliación y la regulación de conflictos.....	14
4. LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	14
4.1. La responsabilidad activa como referente de la Justicia restaurativa.....	15
4.2. Aspectos críticos de la Justicia restaurativa.....	15
4.2.1. Objeciones teóricas (dogmáticas y de política criminal)	16
4.2.2. Objeciones prácticas.....	17
5. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE.....	18
6. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL SISTEMA COSTARRICENSE DE	

REPARACIÓN DEL DAÑO.....	18
6.1. Las fortalezas.....	18
6.2. Las debilidades.....	19
7. CONCLUSIONES.....	21
BIBLIOGRAFIA.....	22

1 Resumen

El presente informe trata el tema de la Justicia Restaurativa. Se desarrolla mediante los escritos de los Doctores en Derecho Douglas Durán Chavarría y Doris María Arias Madrigal, en los cuales describe varios puntos sobre la reparación de los daños en materia penal. Adicional a estos textos en el adjunto de la investigación se podrá obtener un texto, en formato de PDF para complementar esta información, la misma es de la Licenciada mexicana Nancy Flemming Tello, ampliando un poco más el tema.

2 Doctrina

El Sistema Penal Costarricense de Cara al Paradigma de la Justicia Restaurativa

[Durán Chavarría]¹

Nota introductoria: Esta breve comunicación tiene como fin hacer un repaso sucinto de algunos de los institutos que el sistema penal prevé en Costa Rica y que podrían ser considerados como de naturaleza restaurativa, ello a la luz de la literatura relacionada. Se apunta no sólo al análisis de tales mecanismos desde el punto de vista de su ubicación dentro del ámbito teórico del enfoque restaurativo, sino también a la posibilidad de contrastarlos partiendo de una postura crítica en cuanto a ellos concierne.

De los mecanismos de Justicia restaurativa y su ubicación dentro o fuera del ámbito de acción de los aparatos del control social formalizado

Si pretendemos hacer un análisis de los mecanismos cuya naturaleza planteamos desde ya, como primera hipótesis, como restaurativa en el contexto del sistema penal costarricense, es menester hacer algunas precisiones en lo atinente a una de las principales discusiones que se han dado entre los teóricos de la Justicia restaurativa, a saber, aquella que gira en torno de cuál ha de ser la ubicación ideal de tales mecanismos y, luego, dónde se ubican en la práctica.

Esa discusión doctrinaria tendría que ver con el modelo dentro del cual se insertarían tales mecanismos, que es uno de los temas de debate que más tinta han hecho correr entre los teóricos de la Justicia restaurativa.



Siguiendo al respecto la exposición de ZERNOVA (2002: 99), los mecanismos restaurativos pueden tener lugar dentro del sistema penal -funcionando como instrumentos de diversión-, fuera del sistema penal, complementándolo, desarrollándose independientemente de él, paralelamente a él o, incluso, compitiendo con él.

Para la autora mencionada, la actuación dentro de las agencias formalizadas del control social y como forma de diversión del proceso es la propuesta más moderada dentro de las diversas corrientes de pensamiento -y de acción- sobre esta temática.

Este tipo de funcionamiento dentro del sistema penal, que correspondería a la postura que BLAD (2004: 2) y CARIO (2005: 89) denominan *maximalista*, no deja de plantear toda clase de problemas en el ámbito teórico, en el tanto en que, para los más duros, la ubicación de técnicas restaurativas dentro de las agencias formalizadas del control social daría como resultado que estarían aquellas condicionadas por la filosofía del paradigma retributivo, con las implicaciones que tiene ello a nivel epistemológico.

En efecto, autores como McCOLD (1996: 88-89) hacen ver que el hecho de que la acción restaurativa esté enclavada dentro del sistema de Justicia penal, hace que se genere una visión que gira básicamente en torno del infractor, y no de la víctima -y de la comunidad-, que son los focos de interés prioritario para el paradigma de la Justicia restaurativa.

Otra de las posturas teóricas sobre el tema, según adelantábamos líneas atrás, es aquella que propone una Justicia restaurativa sin intervención alguna del sistema penal existente.

En su versión más purista, para emplear el término utilizado por BLAD (2004: 1), operaría esta Justicia restaurativa con total libertad e independencia con respecto del sistema penal formalizado o de toda otra intervención estatal, caso que tendría su ejemplo más depurado en la mediación después de sentencia, como se da, *verbi gratia* y tal y como la describen PETERS y ROBERT (2006), en Lovaina y otras zonas de Flandes.

La puesta en marcha de lo que la Criminología anglosajona ha denominado *two-track system* (van NESS, 1990:7 y ZERNOVA, 2002: 99) y que podríamos nosotros llamar *sistema de doble vía*, es la materialización de esa orientación de la Justicia restaurativa fuera del sistema formalizado de Justicia penal, con mayor o menor énfasis en la independencia que tengan los mecanismos relacionados respecto de los aparatos del control social formalizado, según veremos *infra*.

Así, se plantea que el sistema penal y la Justicia restaurativa deben actuar de manera paralela, teniendo cada uno sus propios mecanismos, en contextos totalmente distintos. No obstante ello, tal y como insinuábamos ya en el párrafo precedente, hay diferencias de grado en lo tocante a la relación que pueda haber entre tales contextos de control, desde lo que plantea HARRIS (1990:12) en el sentido de que estarían ambos explícitamente ligados, hasta la postura *minimalista*, para usar de nuevo la terminología de CARIO (2005: 89), que sostiene que la vía restaurativa no estaría conectada de manera alguna al sistema penal (BIANCHI, 1994), posición que en el campo de la acción restaurativa podría tener dificultades como la que anota ZERNOVA (2002: 99) cuando se refiere a la falta de coerción para culminar los acuerdos restaurativos logrados, problema que podría ser resuelto por medio del *interlink* a que se refiere la autora mencionada, citando a ZEHR y JOHNSTONE, lo cual, de hecho, es recomendado por el numeral 17 de los *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia*



penal, que emanaran del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (resolución E/2002/30).

Los más moderados han insistido, según nuestro criterio con una visión más pragmática e influidos también por aspectos, entre otros, como el del respeto a las garantías de los infractores, en el sentido de que es conveniente el despliegue de mecanismos restaurativos dentro del sistema penal ya existente. Así, instrumentos tales como la conciliación y la reparación que se han ido desarrollando en el contexto de los sistemas penales modernos son considerados mecanismos restaurativos, en toda la extensión del término, tal y como hace ver CARIO (2005: 115).

Son frecuentes las críticas que a esta actividad restaurativa en contextos formalizados se hacen, como es el caso de la que plantea PETERS (1990:275), quien aun reconociendo que en los mismos se facilita el reforzamiento de los derechos derivados del debido proceso, hace ver -de manera acertada, según se desprende de nuestra propia experiencia en el medio judicial- que tales prácticas ofrecen tiempo y espacio insuficientes para el despliegue de una más adecuada práctica restaurativa.

Partiendo de lo explicado hasta acá, tenemos ya elementos suficientes como para ubicar las prácticas restaurativas costarricenses en uno de los modelos descritos. Antes, es menester dejar claro que la forma en que se dan esas prácticas es determinada por algo que va más allá de la formulación teórica que venimos de exponer -la cual sirve más como modelo explicativo de las diversas realidades que se dan en cada ordenamiento jurídico- y que tiene que ver con la realidad social y con las definiciones políticas de cada contexto. En relación con ello, llama la atención el planteamiento de CARIO (2005: 67) en el sentido de que la Justicia restaurativa debe adaptarse a las diferentes culturas con las que tenga contacto; agregaremos nosotros que esa adaptación debe darse no sólo a la cultura *lato sensu* de cada pueblo, sino, y sobre todo, a la *cultura jurídica* de cada país, lo cual es de gran relevancia en el caso costarricense, que se ha caracterizado en el contexto latinoamericano por el interés constante, por ejemplo, por potenciar al máximo las garantías procesales del individuo llevado a estrados.

Teniendo como evidencia que la sociedad costarricense no ha sido especialmente proclive a la composición de los conflictos fuera del ámbito jurisdiccional, quizá por el prestigio que el Poder Judicial ha tenido tradicionalmente en este país y por la falta de mecanismos bien consolidados fuera de ese ámbito, para la solución de las situaciones problemáticas, parece estar claro que el nuestro es un sistema caracterizado por el desarrollo de instrumentos restaurativos en el contexto del sistema de administración de Justicia represiva formalizada, los cuales sirven como mecanismos de diversión, en el tanto permiten evitarle al infractor una mayor penetración dentro del sistema penal.

Esta alineación del control social costarricense de acuerdo a las corrientes maximalistas de la Justicia restaurativa sirve bien a los fines de las corrientes minimalistas del Derecho Penal, que han propugnado por una respuesta más moderada a la criminalidad. Este fenómeno, que ha sido resaltado por CARIO (2005: 99) se da con claridad en Costa Rica, donde la introducción de mecanismos como la conciliación, la reparación integral o simbólica del daño causado y la suspensión del proceso a prueba con condiciones reparatorias, tales como el trabajo en beneficio del Estado o de instituciones de bien público, ha abierto la puerta a que se dé una respuesta más racional de parte de los aparatos del control social formalizado, a través de un aparente ablandamiento de la intervención penal, lo cual consideramos positivo, por supuesto entendiendo ese ablandamiento como manifestación de los postulados minimalistas de un Derecho Penal



democrático y basado en la tolerancia.

De los mecanismos restaurativos previstos en el Código Procesal Penal de Costa Rica

Tal y como adelantábamos en el aparte precedente, existen varios institutos de naturaleza claramente restaurativa en el ordenamiento jurídico-penal costarricense, a saber, la conciliación, la reparación del daño y la suspensión del proceso a prueba con condiciones reparatorias, los cuales pretendemos repasar ahora rápidamente a la luz de los desarrollos teóricos y de las discusiones que se han planteado en el seno de la doctrina restaurativa.

La conciliación es sin lugar a dudas el mecanismo de más honda raigambre restaurativa. Sin ahondar mucho en el tema, bastará con recordar que uno de los aspectos fundamentales del planteamiento restaurativo es que la situación problemática que une a las dos partes del conflicto debe ser solucionada por la vía de la interacción entre ambas, eventualmente con la intervención de un tercero o de terceros, preferiblemente salidos de la comunidad; en el contexto de ese proceso de diálogo, se espera que se dé la solución a las desavenencias entre las partes, la cual tendrá como elemento principal la reparación del daño causado al sujeto pasivo de la relación y, en un segundo nivel, al grupo social o comunidad concernidos.

Como puede verse, el mecanismo restaurativo, de los que están previstos por nuestro Código Procesal Penal (CPP), que más se acerca a tales postulados es el de la conciliación, no obstante lo cual es menester hacer algunas precisiones al respecto.

Una de las grandes discusiones que se han planteado, partiendo de los aspectos expuestos como característicos de la conciliación líneas atrás, es que la misma, para no perder su esencia restaurativa, se dé en un contexto ajeno a los aparatos del control social formalizado, debate en el cual no nos extenderemos ahora, teniendo como premisa, según lo expuesto en el aparte precedente, que los previstos en el CPP son mecanismos indiscutiblemente restaurativos, por supuesto asumiendo una posición maximalista al respecto, tal y como la de M. JACCOUD (citada por CARIO, 2005: 53), para quien la Justicia restaurativa es "*...une approche qui privilegie toute forme d'action (collective ou individuelle) qui se déroule dans un cadre formel ou informel, visant la réparation des préjudices vécus à l'ocassion d'une infraction...*"

Aceptar que es restaurativa toda práctica que se desarrolle en un contexto formal o informal para la reparación de la víctima permite reforzar nuestro punto de partida en el sentido de que nuestra conciliación es incontestablemente un instrumento restaurativo.

Otra de las consecuencias que derivan de lo explicado hasta acá es que el proceso restaurativo debe generar, para ser considerado exitoso, la reparación de los perjuicios causados por la acción dañosa, mas no debe entenderse que esa reparación es solamente material, pues se extiende a dimensiones que van más allá, tal y como lo hace ver, por ejemplo VAILLANT (1999: 39) en lo atinente al caso concreto que nos ocupa en este momento, el de la conciliación en sede penal, al mencionar que "*...la médiation pénale (...) permet à la foi la réparation des préjudices, la responsabilisation et la réinsertion de l'auteur de ræete, tout en contribuant à la reconstitution du lien social...*"

Vemos así satisfechos varios de los objetivos que se buscan con la acción restaurativa, pues se estaría logrando con ella la reparación de la víctima a la vez que se estarían logrando

finés de naturaleza preventiva por medio de la evitación de conductas reincidentes (CARIO, 2005:102), cosa que se ha logrado demostrar empíricamente en otras latitudes (ERVIN y SCHNEIDER, 1990) y que dada la falta de evaluación característica de nuestro medio no podemos sostener para el caso costarricense. También se ha resaltado la importancia del carácter preventivo de acciones con perfil restaurativo a nivel comunal (PETERS, 1990: 275).

Otro de los institutos previstos por el CPP es la reparación del daño, que se encuentra regulada por los artículos 25 y 30j, de los cuales se desprende que esta reparación puede ser también de naturaleza simbólica, lo cual va acorde con aquellos planteamientos más amplios, según los cuales es sumamente importante la restauración psíquica y emocional (BAZEMORE, 1996: 50; VAILLANT, 1999). En ese sentido, para algunos autores la restauración puede darse incluso mediante una disculpa (MARSHALL, 1990: 106), importando solamente que la víctima se vea satisfecha; esto puede parecer fantasioso y romántico, pero nuestra práctica en el campo jurisdiccional nos ha permitido estar en presencia de casos en los que el sujeto pasivo de la infracción ha manifestado expresamente no querer ninguna compensación económica, sino sólo una disculpa del infractor, lo cual es un ejemplo de que la víctima busca en muchos casos no una sanción de naturaleza retributiva o la reparación *stricto sensu*, sino su satisfacción por otros medios de composición del conflicto. Además, tal constatación viene a echar luz sobre la que sería una de las más erróneas percepciones que hay sobre la Justicia restaurativa, que sería aquella según la cual tendería ésta sólo a la reparación, obviándose con ello la trascendencia que tiene el diálogo entre las partes involucradas en la relación conflictiva como un fin en sí (WRIGHT, 2002: 93).

El trabajo a favor del Estado o de instituciones de bien público es otro mecanismo de naturaleza restaurativa que está regulado de manera expresa por la legislación penal costarricense, ello en el artículo 26f del CPP.

Este instituto, cuya denominación, definición y contenidos parecen poco felices, sobre todo si lo comparamos con la elaboración que el redactor le dio al mismo mecanismo en la Ley de Justicia Penal Juvenil, más comprensivo y amplio, ha ido ganando adeptos entre los estudiosos de la Justicia restaurativa con el paso del tiempo, aun y cuando no hay que dejar de mencionar que hay enfoques que se exceden en la vinculación de la Justicia restaurativa a los fines de reparación del sujeto pasivo de la infracción, según los cuales debe ser expulsada de la definición de *reparación* toda referencia a acciones simbólicas como el trabajo en beneficio de la comunidad o, como en este caso, del Estado o de instituciones de bien público, en el tanto tal reparación no tendría como receptor directo a la víctima (ver TRENCZEK, 1990: 109).

La concepción en extremo "victimo-centrista" que venimos de exponer parece alejada de las más aceptadas tendencias en el sentido de que la acción restaurativa tiene un espectro más amplio y tendría como objetivos también, tal y como hemos mencionado someramente *supra*, la restauración del tejido social afectado por la situación problemática, lo mismo que fines de prevención no represiva, tal y como se desprende de la definición que de *proceso de reparación* dan los *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal* de las Naciones Unidas, que hacen referencia expresa al trabajo de interés general como una de las herramientas por medio de las cuales se puede lograr responder a las necesidades colectivas y a las de reinserción del infractor, lo que se enmarca dentro de aquellas concepciones que ven a la infracción como una situación problemática que desborda los confines de lo individual, afectando al conglomerado social, en razón de lo cual la solución viene dada también por una adecuada integración de la comunidad en el tema.

Algunas críticas dirigidas a la Justicia restaurativa

Ya que venimos de hacer un repaso de los distintos mecanismos de naturaleza restaurativa que hay en nuestra legislación penal adjetiva, es oportuno hacer referencia a uno de los aspectos que se tocan con más frecuencia cuando se analizan tales herramientas, si éstas se encuentran ubicadas en el contexto del sistema penal, a saber, el de la voluntariedad del sujeto activo de la infracción para participar de ellas.

Al respecto, la doctrina había sido pasiva en el sentido de que ese elemento era uno de los más característicos de la Justicia restaurativa. No obstante ello, precisamente con la introducción de mecanismos restaurativos en el sistema de Justicia penal, se da una ruptura teórica en el tanto los adeptos de la Justicia restaurativa se plantean la cuestión, al mismo tiempo que, desde diferentes ángulos, se plantean críticas a este desplazamiento de prácticas restaurativas de los medios informales al sistema de Justicia penal, por la supuesta falta de voluntariedad de los infractores de que estaría revestida su aplicación en sede policial o judicial.

Ello tiene que ver, en el fondo, con los alcances del paradigma de la Justicia restaurativa pues, como hace ver BLAD (2004:1), la voluntariedad, junto con la independencia respecto del sistema de Justicia penal eran, para los minimalistas, los límites de la acción restaurativa, de donde se aprecia la importancia que tiene el tema.

A esta temática se refiere, por ejemplo, LLOBET (2005: 878-879), quien hace referencia a la discusión que la doctrina se ha planteado respecto de si los infractores no se ven presionados a aceptar la aplicación de los institutos restaurativos por el temor que les infundiría el proceso en su modalidad tradicional, sin los mecanismos de diversión que se derivan de aquellos.

Lo bien fundado de este temor se manifiesta en la necesidad de una provisión como el numeral 13c de los *Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal* de las Naciones Unidas, según el cual ni la víctima "...ni el delincuente deberán ser constreñidos o incitados por medios desleales a participar de un proceso de reparación o a aceptar un arreglo de reparación..." Aun así; no da esta disposición la impresión de que su espectro de influencia sea suficientemente amplio, pues en realidad de lo que se trata es de algo más difuso, más vago, que tendría que ver con un problema estructural del sistema y no con el temor de la presión ejercida por la víctima en el caso concreto. En efecto, se trataría de una presión incluso imperceptible, inconsciente del sujeto llevado a proceso, que se ve constreñido por un temor genérico de enfrentar un proceso que podría resultar más violento si no hubiere asentimiento en lo referente a una conciliación, a los términos de una reparación, de una suspensión del proceso a prueba con condiciones reparatorias, etc.

No obstante ello, el problema ha sido enfocado como uno en el que el análisis debe tender a tomar en cuenta también lo positivo de una intervención en la que la reacción es más moderada, vía diversión, a saber, la que se deriva de la posibilidad de aplicar mecanismos de naturaleza restaurativa. Desde esa perspectiva, de lo que se trataría sería de sopesar los reparos planteados en relación con este tema de la voluntariedad respecto de la invaluable oportunidad que se abre para que se dé un ablandamiento de la respuesta penal a la infracción de cada caso concreto, por medio de herramientas penales menos violentas como las mencionadas. Tal y como lo plantea BLAD (2004:1), institucionalizar los mecanismos restaurativos en el marco de la Justicia penal implicará probablemente que la voluntariedad no puede ser más un axioma central en cuanto concierne al sujeto activo de la infracción, lo cual requerirá un análisis integral de este tipo de

sistemas para establecer qué precio, si lo hubiere, sería menester pagar en términos de ideales restaurativos en relación con esta supuesta pérdida de voluntariedad, concepto que exige, según hace ver el autor neerlandés, de un análisis teórico más profundo y crítico respecto del significado y las implicaciones del término *voluntariedad*.

Se trata, desde la perspectiva del Derecho Penal mínimo, de una cuestión de hondo interés, pues si bien una vulneración de la autonomía de la voluntad como la que parecería derivar de tal problemática tendría implicaciones fuertes en otro de los campos de interés prioritarios del minimalismo penal, a saber, el de las garantías, en el tanto este tipo de presiones violentarían los derechos derivados del debido proceso-(al respecto ver, por ejemplo, PATE, 1990:138), lo cierto es que se dan tensiones teóricas fuertes dado que las soluciones de naturaleza restaurativa que se ofrecen en tales condiciones al imputado son también interesantes desde la óptica minimalista en el tanto se trata de mecanismos de diversión que, como se hacía ver líneas atrás, tornan la intervención menos violenta y alejan al sujeto llevado a proceso de la posibilidad de verse al final del proceso privado de libertad. BLAD (2004:2) se lo plantea de la forma más descarnada más o menos de la siguiente manera: ¿No es más importante preguntarnos qué opciones damos a las partes -en lugar de seguir dentro del proceso penal- que seguir haciendo girar todo alrededor de la discusión sobre la voluntariedad de participar en los procesos restaurativos institucionalizados? ¿No se trata siempre de actores decidiendo entre diversas opciones? El debate seguirá, sin duda abierto.

Pero ahora que estas especulaciones sobre el tema de la autonomía de la voluntad de los individuos nos han hecho llegar al planteamiento de BLAD en el sentido de que se trata en el fondo, para él, de actores formulando decisiones -tan cercano, pareciera- a los análisis interaccionistas, es muy oportuno introducir justo en este punto otras críticas que se relacionan más bien con cuestiones estructurales antes que jurídicas, y que se ubicarían sobre todo en el contexto de una visión radical en Criminología. Y es que aquel enunciado según el cual se trataría, en lo concerniente a la voluntariedad, de individuos debatiendo sobre las distintas opciones que les ofrecerían los aparatos del control social formal o informal, permite introducir fácilmente un cuestionamiento como el que sigue: ¿tienen las partes débiles de la relación que se genera a partir de la infracción -casi siempre los infractores pertenecientes a los sectores excluidos de la sociedad- una oportunidad de veras buena de participar de este tipo de mecanismos en condiciones de igualdad? En el caso de que se dieran los mismos en el marco del sistema de administración de Justicia penal, ¿no se estarán desatendiendo, por virtud de la defensa del discurso consensualista-funcionalista del paradigma restaurativo cuestiones como las planteadas por ASQUITH (citado por MORRIS y GILLER, 1987: 246-247) en el sentido de que las políticas que se desentienden de la realidad social y económica y que al mismo tiempo promueven el reforzamiento de los aspectos formales del proceso podrían más bien agudizar las desigualdades estructurales que ya de por sí cargan los imputados?

Las cuestiones que venimos de exponer son desarrolladas de una forma en extremo interesante por McCOLD (1996) y especialmente por MINOR y MORRISON (1996), autores -estos últimos- que basan su análisis, en gran medida, en los desarrollos teóricos de FOUCAULT sobre el control social. Plantean ellos lo mismo que McCOLD (1996: 98), es decir, que para salir -medianamente, diríamos nosotros- bien librado de ese tipo de cuestionamientos, y de aquellos en el sentido de que centrándose en exceso en la víctima -e incluso en el infractor- desatiende el enfoque restaurativo todo esfuerzo por desplegar acciones de prevención, debe el paradigma de la Justicia restaurativa facilitar en su seno la generación de mecanismos que permitan el estudio de este tipo de problemas, lo mismo que participar de toda acción tendiente a la modificación de las

condiciones estructurales apuntadas.

Esta amable sugerencia parece del todo oportuna si partimos de que ya nadie niega que los problemas estructurales tienen incidencia en el incremento de la criminalidad; así se desprende de la investigación empírica (PNUD: 50, 302, 303), que apunta sobre todo al tema de la inequidad en la distribución de la riqueza, análisis con el cual coinciden los instrumentos de Naciones Unidas sobre prevención, por ejemplo en el caso del numeral 3 de los *Principios rectores en materia de prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional*, que señala que la delincuencia es con frecuencia un síntoma de las causas estructurales.

Sólo para recapitular en relación con esta crítica, que nace de una perspectiva del conflicto, es útil reiterar que se ha dicho que la casi total inexistencia de discusión en el seno de la doctrina de la Justicia restaurativa sobre estos temas tendría su origen -para usar una expresión que aun siendo en inglés nos parece menos desagradable a los oídos (desde el punto de vista del idioma...) que una que ensayamos líneas atrás-, en un exacerbado *victim-centered approach*, ante lo cual replica BAZEMORE (1996: 47) que quienes así piensan están confundidos con lo que él denomina un *victim- rights approach*, que no tiene, según trata de convencernos el autor citado, sesgos negativos de ningún tipo.

CHANTRAINE (2004) parece darse cuenta de ello, ya que al mismo tiempo que ve con buenos ojos la Justicia restaurativa, llama la atención respecto del peligro que representan los discursos que, basados en la defensa de los derechos de la víctima, son usados para demandar más represión, lo cual pondría en peligro los logros relacionados con las garantías procesales y el principio de intervención mínima: "*En ouvrant une 'ligne de crédit inépuisable' à l'individu ou au groupe injustement traité, ce nouvel ordre victimal met à mal le principe de modération, ouvre la voie à un durcissement punitif et sous-tend la diminution des droits de la défense...*" El mismo BAZEMORE (1996: 59) señala que hay que tener cuidado.

Precisamente en relación con lo que venimos de apuntar, es decir, con la proliferación de discursos represivos, es menester llamar la atención respecto de que es de gran importancia que la sociedad civil entienda en qué consiste el paradigma de la Justicia restaurativa, con lo cual quizá se podrá evitar que se den tendencias represivas que puedan ser capitalizadas por los sectores conservadores y retributivos de la sociedad. En efecto, tal y como recalcan SHAPIRO (1990: 78), TRENCZEK (1990: 121-122) y McCOLD (1996: 95), la divulgación es un elemento fundamental en la lucha porque una Justicia orientada hacia los derechos de las víctimas no sirva de base y justificación para políticas represivas y eficientistas. Los medios de comunicación tienen en esta temática una gran responsabilidad: como lo hace ver MONTOYA (1997: 37), los medios son actores que tienen un potencial real que influye en la sociedad, por lo que sería menester -aunque ello parece tener grandes obstáculos en nuestro país, dada la tendencia represiva que tienen la mayoría de nuestros medios- que se tuviera siempre en mente el papel que tienen en el logro de una adecuada política criminal, según se desprende del numeral 13 de la *Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia frente a los retos del siglo XXI* que emanó de la Asamblea General de Naciones Unidas el 4 de Diciembre del año 2000.

Conclusión

Si bien está claro, por lo que se desprende del aparte precedente, que se han formulado críticas serias a los planteamientos restaurativos, lo cierto es que la Justicia restaurativa y, en el caso concreto de Costa Rica, los mecanismos restaurativos insertos en el sistema de administración de Justicia penal, tienen una serie de aspectos positivos.

Desde una posición minimalista en Derecho Penal, la Justicia restaurativa presenta ventajas indiscutibles en la puesta en marcha de mecanismos de diversión, que son una de las herramientas principales para el logro de los fines de intervención mínima, siempre sin dejar de tener en mente, tal y como se insinuaba líneas atrás y ya que estamos haciendo referencia acá a los postulados del Derecho Penal mínimo, que la promoción de una visión que dé prioridad a la víctima no debe reflejarse de manera alguna en una afectación a las garantías del debido proceso.

Un último tema que, es necesario recalcarlo, tiene utilidad básicamente como instrumento de convencimiento no sólo ante la sociedad civil, sino también para ante las autoridades que rijan la materia -aunque siempre es difícil luchar contra las corrientes tendientes a la represión pura y simple-, es el de la optimización del funcionamiento del sistema penal.

En efecto, son numerosos los argumentos en el sentido de que la puesta en marcha de los mecanismos de Justicia restaurativa es más barata que la respuesta mediante el uso de la prisión, por los costos que tiene ésta, a lo cual se sumaría una reducción en las cargas de trabajo que permitiría un funcionamiento más eficiente para los aparatos del control social formalizado, que se ven agobiados siempre por problemas tales como el de las bajas tasas de elucidación debidas al entramamiento del sistema, por su sobrecarga; aunque ninguno de estos argumentos parece interesar mucho a los defensores del paradigma restaurativo, por estar alejados de los ideales que los mueven, los mismos no son nada despreciables en una sociedad en la que el pensamiento economicista lo abarca todo: aprovechémonos de razonamientos como estos para luchar contra monstruosidades como la privatización de las cárceles y contra tantas otras que, aparte de ser inaceptables desde el punto de vista ético, son, además, una sangría que se constituye en obstáculo para que nuestras pobres economías puedan invertir en otras cosas más productivas que la represión de las poblaciones excluidas que son señaladas por la criminalización secundaria como chivo expiatorio de todos los problemas que tienen nuestros países, a veces sin parar mientes en otros tipos de infractores, más nocivos para la generalidad de la sociedad, y cuyas conductas han constituido lo que FOUCAULT llamó, con acierto, ilegalismos privilegiados.

REFLEXIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

[ARIAS MADRIGAL]²

1. INTRODUCCIÓN

En el postmodernismo hemos visto el nacimiento y desarrollo de un movimiento innovador: la reparación del daño como una posible respuesta penal.

Entre los factores que han contribuido a esta nueva visión de la reparación como parte del sistema de consecuencias penales se encuentra la atención a la víctima del delito, cuyas necesidades habían sido instrumentalizadas por el sistema punitivo a cumplir una función exclusiva de denunciante, testigo, u ofendida con el hecho ilícito.

La participación de la víctima históricamente estuvo limitada por el Derecho penal a la reparación del daño civil, entendiéndose que, la vulneración de bienes jurídicos se sustrae a los intereses particulares y es una ofensa contra la colectividad, contra el Estado.

El discurso a cambiado considerablemente a partir de los movimientos socio-políticos y científicos, entre los que cabe destacar las contribuciones de la Criminología, con el desarrollo de la victimología, del Derecho penal sustantivo con su referencia a la victimodogmática, y en el seno del proceso penal en el que se visualizan e incluyen los derechos de la víctima a participar de la solución del conflicto.

La legislación costarricense mostró una importante disposición ante ese *boom* de la reparación del daño. De tal suerte que el tránsito se inició en el Derecho penal juvenil y luego, éste fue uno de los aspectos centrales de la reforma procesal penal. En la que se regularon formas alternativas de solución de conflictos desde la óptica procesal. Así, encontramos la reparación del daño, como forma de extinción de la acción penal¹, junto a otras formas alternativas de solución de conflictos, como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba.

Desde entonces, han transcurrido siete años de experiencias que han sido poco estudiadas, de forma tal que se propicie un debate sobre las fortalezas y debilidades de la reparación del daño, y se generen si no existe un resultado óptimo estrategias para mejorar su posición jurídica. La primera percepción que se tiene y que se deriva del contacto diario con la administración de Justicia, de sus operadores es apenas si se hace uso de las posibilidades que existen en el proceso penal costarricense. La reparación del daño se utiliza en delitos menores, y el porcentaje de utilización es mínimo, en el año 2005 del total de casos resueltos en los Tribunales penales, sólo se aplicó la reparación del daño en el 6.77%; entretanto, en los juzgados penales, el porcentaje de casos terminados en los que se aplicó la reparación del daño, apenas alcanzan el 0.39%.

El objetivo de esta investigación es mostrar como dentro del movimiento de la reparación del daño existe un enlace a la Justicia restaurativa como forma de solución de los conflictos alternativa a los métodos tradicionales. Que utilizando la Justicia restaurativa se puede contribuir a obtener mejores

* Jueza en el Tribunal Penal II Circuito Judicial de San José, Abogada (UCR), Especialista en Derecho Penal (SEPUCR), Doctora en Derecho Penal (Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, España).

resultados y mayor eficiencia en el tratamiento del delito y a pasar de los planos, teórico y legal, al plano real. A la vez, que garantizando algunos aspectos esenciales, se permite alcanzar la justicia y el cumplimiento de los fines del Derecho penal, es decir, la prevención general y especial de delitos.

2. ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

En la doctrina moderna del Derecho penal no existen conclusiones unánimes sobre la función y los fines de la reparación del daño, tampoco las hay para el Derecho penal, que se caracteriza por estar en un estado de crisis, o de profundas transformaciones.

Una rápida observación sobre el estado actual del Derecho penal, nos muestra la existencia de planteamientos teóricos centrados en la pacificación social, que señalan que a estas alturas del desarrollo humano nadie se quiere mostrar como contrario a la paz social². A la vez, co-existen nuevas corrientes dentro de nuestra ciencia, que abogan por un Derecho penal del enemigo, según el cual, *«quien no participa en la vida en “un estado comunitariolegal” debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad), en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede “tratar” (...) “como un enemigo”»*³.

En cuanto a la reparación del daño, sus contenidos son defendidos desde diversas concepciones político-criminales, todas pueden reconducirse a las posturas que dominan el panorama del Derecho penal moderno, a saber, las tesis: abolicionista, resocializadora y garantista⁴. Cada una de estas tendencias político-criminales tiñe el contenido de la reparación del daño, mostrando ideas y conceptos que se relacionan entre sí, pero que no necesariamente significan lo mismo.

2.1. Las tesis abolicionistas

Dentro de propuestas teóricas de la reparación del daño que se fundamentan en las tesis abolicionistas, es posible observar dos posiciones⁵: la posición radical, estaría representada por quienes defienden una teoría pura de la justicia restauradora; la postura moderada cuyos seguidores propugnan el recurso a la justicia informal y a formas de reprobación distintas a la pena, que se caracterizan por un mayor contenido simbólico.

2.2. Las tesis resocializadoras

El punto de partida es el abandono de la concepción patológica del delincuente y de los modelos clínicos, emergiendo con fuerza una visión más humana y racional del delincuente, como sujeto capaz de responsabilizarse de sus actos y de participar activamente en la búsqueda de respuestas y soluciones. Como señala ROXIN, si a través del acuerdo víctima-delincuente el autor del hecho

2 Cfr., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, p. 115.

3 Vd., JAKOBS/CANCIO, *DP del enemigo*, 2003, p. 31.

4 Ampliamente, ARIAS MADRIGAL, *Sustitutivos penales*, 2005, p. 336.

5 Cfr., WRIGHT en: MESSMER/ OTTO (Editores): *Restorative*, 1992, p. 529.



no deberá ir a la prisión con las consecuencias nocivas y discriminatorias que ello conlleva, y de esta forma vuelve a ser aceptado por la sociedad, con ello se hace más por su resocialización que con una costosa ejecución del tratamiento⁶.

La reparación del daño cuenta con un gran potencial preventivo-especial, en la medida que se confronta al delincuente con el daño causado y con la víctima. El esfuerzo reparador, es un elemento central ya que en él se expresan los elementos de resocialización y reconocimiento de la norma, aún sino se repara en forma integral o bien, si la reparación es simbólica.

2.3. Las tesis garantistas

En vista de la *praxis* y buenos resultados obtenidos en la delincuencia leve y mediana, un amplio sector de la doctrina, acepta la reparación del daño en el Derecho penal⁷, pero sujeta a una serie de limitaciones o matizaciones, ya que difícilmente pueda renunciarse a las garantías constitucionales, penales y procesales que tanto ha costado conquistar y que, aún hoy, son vulneradas en muchos ordenamientos.

Desde la doctrina garantista la reparación del daño, inserta en el Derecho penal, deberá comprender la función esencial del Derecho penal, es decir, la protección de bienes jurídicos con fines preventivos, lo que es propugnado tanto por quienes conciben la reparación como «*tercera vía*» como por quienes la conciben como atenuante, como sanción dependiente o sustitutivo penal⁸.

3. DIVERSOS CONCEPTOS DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

3.1. La reparación *ex delicto* o derivada de delito

Para la doctrina mayoritaria tanto civilista como penalista, del delito o falta no nace un tipo de responsabilidad, sino una obligación: la deuda de reparar el daño que causa el delito o falta, como exigencia de restablecimiento del orden jurídico perturbado⁹.

3.2. La reparación del daño como consecuencia jurídico-penal

Ésta coincide parcialmente con la reparación del daño derivada de delito, en cuanto a su contenido material de compensación del daño material e inmaterial. Sin embargo, a partir de las nuevas tendencias político-criminales, se pretende atribuir a la reparación del daño un papel importante en el sistema punitivo.

⁶ Cfr., ROXIN en: Seminario Hispano Germánico, 1992, p. 4.

⁷ Vd., por todos, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, p. 188 ss.

⁸ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Revista Poder Judicial, n.º 45, 1997, p. 198.

⁹ Vd., en ese sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, p. 152.

En la mayoría de las propuestas no basta con la reparación civil o resarcimiento, se exige algo más, un *plus* para que ésta adquiriera el carácter de consecuencia jurídico-penal. Las ideas se dirigen a que la reparación sea una pena, un nuevo fin independiente de la pena; o una tercera consecuencia jurídica, al igual que la pena y medida de seguridad.

3.3. La mediación víctima-delincuente, la reconciliación y la regulación de conflictos

Son nociones más amplias y tienen en común que remiten a una recuperación de la paz social o, en su caso, al apaciguamiento del conflicto generado por el delito, o subyacente al mismo. Precisamente es la mediación víctima- delincuente, en donde se encuentra la Justicia restaurativa, que emerge como una solución desformalizada en la que se aplican la reparación de daños, los contactos directos delincente-víctima o el trabajo en provecho de la comunidad como condición del sobreseimiento del proceso, en el sentido de la *diversión*, o en el marco del proceso judicial sancionador (reparación como pena) o, durante el cumplimiento de la pena en la libertad condicional¹⁰.

La mediación víctima-delincuente, la reconciliación y la regulación de los conflictos, pueden ser aplicadas dentro de la justicia penal como fuera de ella, y admiten múltiples formas, contenidos y procedimientos para la solución del conflicto. Así, se observan diferencias en cuanto a las funciones del mediador; a los posibles participantes: existiendo sistemas unilaterales, bilaterales y trilaterales; sobre los posibles fines: penal, terapéutico, conciliatorio, compensatorio; y, en cuanto al ámbito de acción: comunitario, escolar, adultos/jóvenes, en la prisión¹¹.

Podemos advertir que existe en la actualidad un vasto espectro para la reparación del daño, constituyendo el punto de unión de todos los programas la solución de los conflictos, aunque el concepto, la naturaleza jurídica y las justificaciones político-criminales que la sustentan muestren un diverso signo.

4. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El punto de partida de las ideas de la Justicia restaurativa se encuentra el debate sobre la responsabilidad y equidad de los delincuentes y las víctimas en la justicia penal. Debido a que el Derecho penal se inclinó hacia el delincuente, en tanto, la víctima no había sido tenida en consideración. Además, desde el punto de vista del autor, la respuesta penal es cuestionada por ser retribución a la lesión de bienes jurídicos, conllevando procesos de exclusión social, de etiquetaje negativo, y el autor no es valorado en todo su potencial, relegándosele a una posición indiferente y pasiva.

Aún no existe una noción precisa, universal para la Justicia restaurativa, sin embargo, desarrollos recientes de Naciones Unidas han tratado de encontrar un concepto para esta nueva forma de

¹⁰ Ampliamente, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, p. 116.

¹¹ Sobre ello, VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, pp. 113, 217, 455; GARCÍAPABLOS, *Tratado*, 2003, p. 1555 y ss.



solucionar los conflictos.

En este foro, la Justicia restaurativa se ha definido de la siguiente manera: “*todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador*”.¹²

El delito supera el quebranto a la legalidad y es observado como un acto que causa daño a las personas y a la comunidad, incluido el delincuente¹³. El papel de la justicia, consiste reparar ese daño mediante un proceso donde los actores centrales son las víctimas, el infractor y la comunidad afectada. Con ello se alcanza una mayor satisfacción de la víctima y del delincuente, una menor de reincidencia, y se logran decisiones óptimas en términos de eficacia y celeridad, en comparación con los métodos judiciales tradicionales.

La preocupación por la víctima conlleva a la hora de resolver el conflicto un nuevo entendimiento, a favor de la perspectiva horizontal del delito (entre el delincuente y la víctima), ya no entre el individuo y las normas estatales (conflicto social vertical). La satisfacción a la víctima no tiene por qué ser exclusivamente material, sino que se aceptan las prestaciones simbólicas¹⁴.

4.1. La responsabilidad activa como referente de la Justicia restaurativa

La Justicia restaurativa es una justicia más cercana en la que se fomenta una actitud de responsabilidad activa, que se caracteriza por su carácter dinámico y por una actitud de diálogo en que autor y víctima, quienes deciden sobre las propias consecuencias jurídico-penales. Resaltándose el comportamiento postdelictivo positivo orientado a la reparación del daño o a la superación de las consecuencias del hecho ilícito¹⁵.

Tradicionalmente el Derecho penal se basa en la responsabilidad pasiva, a un sujeto determinado se le realiza una imputación subjetiva, es decir, se verifica si de acuerdo a unos criterios jurídico-penales le es exigible un comportamiento conforme a la ley. Superado el examen, en forma retributiva al autor se le impone una pena.

En cambio, la responsabilidad activa, promovida por la Justicia restaurativa consiste en que el autor es confrontado con el hecho, y con la víctima, asume la responsabilidad en la reparación del daño y especialmente en la restauración de las relaciones. A diferencia del sistema de consecuencias jurídicas del delito tradicional, el éxito del proceso judicial no está dado por el *quantum* de la pena, sino por la reparación efectiva del daño causado.

La responsabilidad activa y pasiva tienen como punto de encuentro la existencia de un marco normativo en el que se define quien es responsable y quien es víctima de un hecho lesivo, lo cual sirve de garantía frente a intervenciones arbitrarias y abusivas. Esto fundamentalmente porque se acude al Derecho penal para establecer la plataforma de referencia¹⁶.

12 E/CN.15/2002/5/Add.1

13 Mccold/Wachtel, Forum, 2003, p. 2.

14 Cfr., en ese sentido SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, pp. 341-342.

15 Sobre ello, DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 196, p. 201.

16 Así, y en ese sentido, GIMÉNEZ-SALINAS, Revista Papers, n.º 8, 1992, p. 97.



4.2. Aspectos críticos de la Justicia restaurativa

Hacia la Justicia restaurativa se dirigen algunas objeciones desde la dogmática penal y principalmente por la corriente garantista. Las críticas se dirigen en varios sentidos, entre ellas hay objeciones teóricas y prácticas.

4.2.1. Objeciones teóricas (dogmáticas y de política criminal)

a) Se ha señalado que con esta nueva forma de solución de los conflictos difícilmente puedan cumplirse los fines preventivos, dudándose de si prevalece el aspecto de reconocimiento de la norma por el autor, o si se trata de un abordaje psicológico de la personalidad del delincuente. Con la Justicia restaurativa existe el riesgo de instrumentalizar los fines del Derecho penal, en tanto que acaba transformándose en un elemento de pedagogía social y puede llegar a exceder aún las funciones que la teoría de la retribución le ha asignado Derecho penal.

b) Se aduce que no se cumplen los principios de igualdad y proporcionalidad, ante hechos equivalentes en injusto, culpabilidad y daños puede que la respuesta sancionatoria sea diversa por la actitud de la víctima. Además se inobserva el principio de pena *certa*, es decir, de determinación previa de los rangos de sanción a imponer.

c) En cuanto a las garantías procesales las principales carencias se relacionan con la inobservancia del debido proceso, la presunción de inocencia y la asistencia de letrado. Se cuestiona la participación voluntaria y la previa declaración de responsabilidad del autor, quien puede verse “forzado” a participar ante el temor de ser compelido al sistema de justicia tradicional.

d) Igualmente se ha señalado el riesgo de privatización del Derecho penal, devaluando la función simbólica que éste representa.

Frente a cada una de estas críticas hay una respuesta, el punto de partida es el cambio de perspectiva sobre la función judicial, desde la perspectiva de la Justicia restaurativa no se trata de enfrentar posiciones, sino de lograr una posición de responsabilidad y compromiso.

Además trata de restaurar a la situación anterior al hecho delictivo. El énfasis se pone en el daño, en la alteración de las relaciones interpersonales entre la víctima y el delincuente en el contexto social.

Para la Justicia restaurativa la culpabilidad del autor no es un aspecto central, sino el reconocimiento de la responsabilidad y las obligaciones hacia la víctima que se generaron con el delito, señalándose que el autor, “*puede hacer las cosas bien*”¹⁷.

La confrontación al autor, con el hecho, sus consecuencias y con la víctima le hace tomar conciencia de los daños producidos y ese es el camino de la rehabilitación. Existe un mayor

¹⁷ Sobre ello cfr., VAN NESS/NOLAN, Regent University Law Review, n.º 10, p. 107.

protagonismo del autor en el sistema de consecuencias penales frente al delito que le permite respetar en el futuro de las normas jurídicas, a diferencia del sistema tradicional que conduce a la disolución del individuo en las necesidades del sistema social.

La víctima por su parte, se incorpora en un proceso de recuperación y sanación, conoce los motivos del autor y elimina los temores hacia una nueva victimización.

Dentro de las corrientes de la Justicia restaurativa, algún sector aboga por la abolición del Derecho penal, aunque para otros, debe optarse por una posición moderada, la Justicia restaurativa puede cumplir con los fines del sistema penal y no ser sólo una alternativa, en tanto coadyuva a la consecución de los fines penales. Tanto de prevención especial como acabamos de analizar, como el fin preventivo general positivo, en cuanto contribuye al restablecimiento de la paz jurídica y la confianza en el Derecho¹⁸.

4.2.2. Objeciones prácticas

a) Se ha criticado la preferencia por los procedimientos descentralizados e informales, generalmente guiados por un facilitador voluntario, lo que puede llevar a compromisos mayores que los derivados de la responsabilidad por el injusto culpable.

b) Un aspecto que se ha objetado es la determinación del daño y su ámbito de cobertura, la Justicia restaurativa se basa en que el delito perjudica a las personas y las relaciones y que la justicia necesita la mayor subsanación del daño posible. Entonces, cabe preguntarse, ¿Qué debe entenderse por daño? Es sólo el daño material? ¿Debe incluirse el daño moral? ¿El daño es la afectación al bien jurídico? ¿Qué ocurre si las aseguradoras cubren el daño?

c) Otro aspecto que ha sido cuestionado es el equilibrio de las cargas, a fin de evitar la imposición de la voluntad del más fuerte. Los procesos restaurativos no son ajenos a las diferencias derivadas del género, la etnia, la nacionalidad, la cultura, que pueden producir situaciones de desventaja a las partes del proceso. También puede ser que los procesos restaurativos estén destinados a determinados grupos de personas.

Los cuestionamientos y las críticas planteadas desde el punto de vista práctico también han sido respondidos por la Justicia restaurativa. Señalando que en la base de ésta hay un proceso de colaboración, que involucra a las personas afectadas de forma más directa por un delito, para alcanzar la reparación del daño. El autor y la víctima participan en la resolución de sus propios problemas a través de encuentros entre los que existe una actitud de diálogo, de diversas expectativas, integración, orden¹⁹.

Las relaciones entre las personas se restablecen pacíficamente a través de la implicación directa de las personas afectadas por medio del diálogo a lo que se denomina una «*restitución comunicativa*»²⁰.

Desde esta visión, para el Derecho penal, el restablecimiento de la paz jurídica tiene una visión

18 Así, y en ese sentido, CARRASCO ANDRINO, Revista Jueces para la Democracia, n.º 34, 1999, p. 84.

19 En igual sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, p. 316.

20 Cfr. TRENCZEK, Revista Papers, n.º 8, 1992, p. 37.

constructiva y gira en torno a elementos de carácter personal fundamentales, como son: la responsabilidad personal y la atención a la víctima.

Las desigualdades de las partes pueden esquivarse si los facilitadores cuentan con una formación suficiente que les permita lograr la paridad entre las partes o intervinientes, también evitaría que el proceso este rodeado de prejuicios y fundamentalmente, que la restauración tenga un tinte moral, cercano a la demostración de la mala conciencia o de o, de «una cierta humillación (o confesión) del delincuente ante la víctima o la sociedad»²¹.

5. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE

La reparación del daño forma parte de nuestro Derecho positivo a partir de 1996 con la entrada en vigor de la Ley penal juvenil. Precisamente es en esta legislación donde se observa un mejor tratamiento y mayor amplitud del instituto, debido a que se le considera una consecuencia jurídico-penal, es decir, una sanción²².

Diferente y más limitada fue la opción del legislador en el caso del Derecho penal, en el que desde la perspectiva procesal, se incluyó la reparación integral del daño como una forma de extinción de la acción penal y no como una respuesta sancionatoria, que permitiría un espectro mucho más amplio y acabado.

En foros internacionales nuestro país ha promovido una posición de compromiso con la reparación del daño, muy cercana a la Justicia restaurativa, así, merecen destacarse las discusiones en el seno de la II Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Caracas en 1999, en la que el Magistrado Orlando Aguirre Gómez efectúa una referencia a la justicia, que potencia el diálogo y que *“produzca resultados más satisfactorios para la víctima, para el infractor mismo y para la sociedad”*.

Igualmente relevantes son las aportaciones del representante costarricense en las Naciones Unidas, así, en la Reunión de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, de celebrada en Viena, en el 2002, sugirió se utilizara la expresión “Justicia restaurativa”, en lugar de Justicia restitutiva, para la traducción del término inglés *“restorative justice”*.

Sin embargo, el aporte más significativo de esta representación, fue la propuesta de incluir en el texto final, el principio de no discriminación y de aplicación imparcial. Con el fin de evitar las distinciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o toda otra distinción basada en el origen nacional o social, el patrimonio, la cuna o cualquier otra condición, con el objetivo de lograr la paridad entre las partes.

²¹ Sobre ello, ARIAS MADRIGAL, Sustitutivos penales, 2005, p. 315.

²² TIFFER/LLOBET, La sanción penal juvenil, 1999, p. 190.



6. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL SISTEMA COSTARRICENSE DE REPARACIÓN DEL DAÑO

6.1. Las fortalezas

En cuanto a los aspectos positivos de la reparación del daño en el sistema punitivo costarricense, además de la incorporación legislativa, que ya es un paso decidido, la jurisprudencia ha mostrado alguna amplitud, debido a que el tenor literal señala que sólo procede la reparación integral, es decir, total de todos los daños provenientes del delito.

a) De este modo, sobresalen votos de las Salas Constitucional y Tercera, entre ellos la jurisprudencia autorizó la aplicación del efecto extensivo de la reparación del daño en la codelincuencia, de tal suerte que, si un co-autor repara los daños, los otros autores se ven beneficiados por extensión y se sobresee la causa.

b) Además se confirmó que en los casos de suspensión del procedimiento a prueba, así como en la conciliación se admite la reparación simbólica, y en los casos de posiciones contrarias entre la víctima y el Ministerio Público, se autorizó la conciliación frente a la negativa fiscal.

c) También en el caso de la conciliación, en la que puede haber una reparación del daño como parte de los acuerdos entre las partes se autorizó la extensión a otros tipos penales y no sólo, a la criminalidad leve y mediana cuando se trata de hechos en estado de tentativa.

d) Un aspecto que cabe destacar es el reconocimiento de la función judicial en la constatación del cumplimiento de los supuestos en los que procede la reparación integral del daño, en cuanto a que efectivamente sea total y no sólo a satisfacción de la víctima, que podría conformarse con menos. Como también si la reparación integral ha sido razonable, proporcional y justa. La voluntad de transar es otro aspecto valorado por la jurisprudencia, de forma que las partes acudan en forma libre y de manera voluntaria consientan en la solución alterna del conflicto²³.

e) Últimamente se ha admitido que la inscripción registral que implica la reparación integral del daño, tiene una formulación distinta al registro de antecedentes penales y no puede ser utilizada para imponer una sanción, pues habiendo fenecido la causa, no puede significar un perjuicio en otro proceso²⁴.

f) Desde el punto de utilización de la reparación del daño se observó un movimiento pendular, que llevó a su aplicación en un buen número de casos, sin que existan estudios difundidos en que se midan las consecuencias de las normas positivas.

g) Por otra parte el legislador en el año 2001, efectuó una modificación a la ley, amplió las posibilidades de la reparación integral del daño, levantándose el tope de aplicación por una sola vez, admitiéndose ahora, siempre que el imputado no se haya beneficiado de esta medida o de la suspensión del proceso a prueba.

²³ Así, y en ese sentido, Sala III, v. 887-2004 de 23 de julio.

²⁴ En ese sentido, Sala III, v. 922-2004, de 30 de julio.



6.2. Las debilidades

a) Ciertamente, la incorporación de la reparación del daño dio un viraje a la forma tradicional de solución de los conflictos en nuestro medio, empero, no puede considerarse que la aceptación de la reparación del daño sea lo suficientemente amplia, ni general, como la prevén otros ordenamientos jurídicos del entorno. Paradigmático es el caso de la Constitución Política colombiana que en el año 2003 estableció explícitamente que la *"ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa."*

b) Desde la entrada en vigencia de la ley hasta el 2001 se produjeron algunas prácticas forenses que condujeron a la reiteración delictiva y a una entrada constante de los mismos casos. Sin embargo, esa percepción de la realidad no ha sido estudiada.

Al desarrollar una nueva legislación, con introducción de forma novedosas de solución de los conflictos, como es el caso de la reparación del daño, son convenientes la evaluación y comparación de los resultados, no sea que los reclamos de los diferentes sectores se traduzcan en tomar la justicia de propia mano, en los llamados a la seguridad ciudadana de «ley y orden» y al recurso a la seguridad privada, invocaciones muy de moda en nuestro medio y en el Derecho comparado, véase en ese sentido, los discursos acerca de la legislación simbólica y la expansión del Derecho penal.

La reparación del daño en nuestro medio no fue precedida, ni tampoco es actualmente objeto de estudios empíricos, a través de los cuales se analice la incidencia de la reforma legal y la necesidad o no de cambios en el tratamiento legal y en las prácticas de la reparación del daño. En ese sentido, los reclamos ciudadanos y hasta de los mismos operadores judiciales carecen de sustento ante la inexistencia de estudios serios.

Siempre es determinante evaluar en el plano práctico el impacto de las nuevas tendencias. Acaso existan desarrollos equivocados y de éstos se ha de aprender, rectificar, tomar nuevos rumbos, o bien, en sentido contrario, si éstas muestran muchos aspectos favorables, continuar desarrollándolos y acumular experiencias para expandirlos y difundirlos como una nueva cultura dentro del sistema.

Con el ánimo de contribuir en que se entienda mejor el impacto de la reparación del daño en nuestro ordenamiento jurídico, se presentan el siguiente gráfico que corresponde a las causas terminadas por sobreseimientos definitivos en los Tribunales penales.



Fuente de los datos: Departamento de Planificación, Sección de Estadística del Poder Judicial

Se observa que en el último quinquenio ha habido un crecimiento en la resolución de conflictos por medio de la reparación del daño. Aunque llama a la reflexión la disminución del año 2005, por que podríamos estar en presencia de un retroceso. Sin embargo, después de ver esta pequeña muestra, es posible concluir que se requiere una mayor evaluación del fenómeno para poder determinar si realmente la reparación del daño incide de manera significativa en la solución alternativa de los conflictos.

A la vez, se deben realizar estudios sobre la tipología de delitos a los que se aplica esta forma de solución de conflictos, también es conveniente profundizar el análisis con respecto al nivel de reincidencia y al grado de satisfacción de las víctimas. De igual forma, es preciso establecer con respecto a otras experiencias en el Derecho comparado, cuáles son las cifras o la media, que permiten concluir que el resultado es óptimo, eficiente para alcanzar los fines del Derecho penal.

c) Las prácticas de reparación integral en nuestro medio se han caracterizado por ser formalizadas, pese a las posibilidades legales de contar con el auxilio de mediadores o facilitadores. Por lo general es el momento previo al debate, ante la inminencia del juzgamiento que se accede a entablar un acercamiento entre las partes. Que por otra parte no es tal, debido a que son los abogados los que transan el conflicto, entretanto, el autor y la víctima permanecen como espectadores, sin involucrarse en las tratativas, ni en el acuerdo.

Esa desinformación conduce en algunos casos, a considerar que el acercamiento a la víctima para las tratativas es una especie de coacción o de revictimización, pues contrario a las creencias arraigadas en el consciente colectivo de que la cultura costarricense es de paz y de diálogo, cuando hay una vulneración de bienes jurídicos, las víctimas y sus asesores están a la defensiva y

rechazan cualquier acercamiento.

d) En otros casos, no hay un plan reparador determinado, no existe asunción de responsabilidad del delincuente, repitiéndose la neutralización del juzgamiento tradicional que genera en el delincuente explicaciones auto-justificativas y auto-exculpatorias y que le impiden la asunción del hecho al autor. Por supuesto, aquí ni hay empatía, ni reconciliación con la víctima, entonces, los ideales que guiaron la reforma procesal de eficiencia y celeridad son frustrados.

e) Una mayor preocupación surge en cuanto al cumplimiento de los fines de la pena, el nulo acercamiento al autor y a la víctima y el seguimiento de investigación posterior del caso, nos impide conocer que ha ocurrido con los fines de la pena. Esto es, si la reparación del daño puede contribuir de alguna forma, al prevalecimiento del orden jurídico en lo que se refiere a los procesos de aceptación de las normas y los valores jurídicos, y de su vigencia por los ciudadanos. Además determinar si cuenta con un potencial resocializador, que impida al autor continuar en la actividad delictiva.

7. CONCLUSIONES

La Justicia restaurativa propone en el marco del debate de la reparación del daño un programa que cuenta con una “*vis atractiva*” muy apreciable debido al influjo de ideas centradas en el realismo, es decir, en la búsqueda de una justicia más humana, más comunicativa y pro activa.

Con este planteamiento se intenta cumplir con los fines del Derecho penal, a través de los que pretende una coexistencia pacífica, en la que la sociedad se vea libre de delitos y en la que cada sujeto autor sea abordado, ya no con un ideal resocializador anclado en un concepto positivista o psico-biológico, sino en una actitud del autor de responsabilidad activa en la búsqueda de respuestas y soluciones.

Sus propuestas fomentan una actitud de responsabilidad activa, cuyas consecuencias desde el punto de vista cualitativo son más acabadas y exigentes que el sistema de respuesta penal actual. En ese sentido, constituyendo una estrategia para lograr mas justicia pronta y efectiva todos los esfuerzos son loables.

Solo quisiera reflexionar acerca de que el recurso a una Justicia más eficaz, no implica la renuncia al bloque básico de garantías, tanto procesales como sustanciales y en esa labor las y los estudiosas/os del Derecho penal tenemos una labor esencial. La reparación del daño en mi criterio, involucra un interés social, público, que va más allá del carácter dual y de lo puramente patrimonial.

Estas nuevas ideas de la Justicia restaurativa en combinación con los fines del Derecho penal, podrían ayudarnos a obtener resultados mejores y con toda seguridad, nos permitirían pasar de los textos legales a la realidad de las vivencias de los autores, las víctimas y la comunidad. Las experiencias prácticas realizadas en otros ordenamientos jurídicos deben trasladarse *mutatis mutandis*, considerando las circunstancias sociales, culturales, económicas de nuestro país.

Hasta ahora, las experiencias de la reparación del daño en nuestro medio han estado formalizadas. Se requiere de espacios de actuación que favorezcan el encuentro y el diálogo, lo que tiene que ver con un cambio actitudinal de todos los sujetos involucrados.

Debe promoverse la creación de un programa o proyecto en el Poder Judicial, como parte del cumplimiento de la legislación vigente, que involucre las prácticas restaurativas, y que se complemente con consideraciones socio estructurales, es decir, que incluya aspectos presupuestarios y organizativos.

Finalmente, debe existir una labor de seguimiento y evaluación de los programas con estudios de resultados, quizás, luego de estas experiencias, las futuras generaciones encuentren un mañana más prometedor.

BIBLIOGRAFIA*

ARIAS MADRIGAL, Doris M^a:

Sustitutivos penales con especial referencia a la reparación del daño, Tesis doctoral, Universidad de Alcalá de Henares, Inédita, Madrid, 2005.

CARRASCO ANDRINO, María del Mar:

«La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en los Estados Unidos)», Revista Jueces para la Democracia, n.º 34, 1999, pp. 69-86.

DÜNKEL, Frieder:

«La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del Derecho penal en el Derecho comparado», en: BERISTAIN, Antonio/De la CUESTA, José Luis (Directores): Victimología, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, pp. 113-144.

GARCÍA-PABLOS, Antonio:

Tratado de Criminología, 3.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, Esther:

«La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal», Revista Papers, n.º 8, 1992, pp. 89-99.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel:

«La conciliación penal en Iberoamérica», Revista de Ciencias Penales n.º 18, 2000, pp. 115-140.

JAKOBS, Günter/CANCIO MELIÁ, Manuel:

Derecho penal del enemigo, Civitas, Madrid, 2003.

LARRAURI PIJOÁN, Elena:

«Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?», Revista Jueces para la Democracia n.º 15, 1992, pp. 21-31.

MCCOLD, Paul/WACHTEL, Ted:

«En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa», Forum, 2003, en:
<http://www.restorativepractices.org>.

ROXIN, Claus:

«La reparación civil como alternativa a la pena de prisión», en: Seminario Hispano-Germánico de Derecho Penal sobre: «Reparación civil como alternativa a la pena de prisión», Texto inédito, Barcelona, 1992.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. Belén:

La reparación del daño *ex delicto*, Comares, Granada, 1997.

* Las palabras que aparecen subrayadas corresponden a la cita abreviada.



SILVA SANCHEZ, Jesús María:

«Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación», PJ n.º 45, 1997, pp.183-202.

TIFFER, Carlos/LLOBET, Javier:

La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica, UNICEF/ILANUD/CE, San José, 1999.

TRENCZECK, Thomas:

«¿Hacia una reprivatización del control social? "Una evaluación de la víctima-delincuente reconciliación" », Revista Papers n.º 8, 1992, pp. 23-42.

VAN NESS Daniel W. /NOLAN, Pat:

«Legislating for restorative justice», Regent University Law Review, n.º 10, 1998.

VARONA MARTÍNEZ, Gema:

La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica, Comares, Granada, 1998.

VICENTE REMESAL, Javier de:

«La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro», en: SILVA SANCHEZ, Jesús M^º. (Editor): Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN, Bosch, Barcelona, 1997, pp.173-206 (cit. Homenaje a CLAUS ROXIN).

WRIGHT, Martin:

«Victim-offender mediation as a step towards a restorative system of justice», en: MESSMER, Heinz/ OTTO, Hans-Uwe (Editores): Restorative Justice on Trial, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, pp. 525-539.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Durán Chavarría, D.(2006) El Sistema Penal Costarricense de Cara al Paradigma de la Justicia Restaurativa: Congreso de Justicia Restaurativa. Acercamientos hacia la justicia restaurativa en Costa Rica. Conamaj. San José Poder Judicial. Pp. 186-200.
- 2 Arias Madrigal, D. (2006) Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa. Extraído el día 23 de julio de 2010 desde:
http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones/at_download/file