

Fundamentos de la justicia restaurativa

~Dr. Santiago Javier Granado Pachón~

Juez sustituto. Socio FICP.

I. LA JUSTICIA RESTAURATIVA: FUNDAMENTOS

No puede obviarse que vivimos unos tiempos caracterizados por un uso desmesurado del derecho penal. El corte retributivo, se encuentra tan presente en el espíritu del legislador que posterga la función de reinserción de las penas en pro de contentar al rigor punitivo, hasta tal punto que convierte el derecho penal en un extraño talismán capaz de dar respuestas a todo tipo de problemas sociales sea éste el machismo, las relaciones de dominación en la violencia de género, la desigualdad social, la drogodependencia o la precariedad, que en definitiva, laten detrás de la criminalidad urbana;¹ sin soslayar la delincuencia juvenil, cuyo tratamiento paralelo a una justicia de esta naturaleza puede provocar consecuencias negativas sobre todo por la estigmatización generada a través del proceso penal, en atención al hecho de que las medidas o tratamiento que agrupan a infractores de esta naturaleza, producen un fenómeno de etiquetamiento que además tiende a que el joven delincuente vuelva a cometer otras infracciones.² No obstante, este “modelo de litigiosidad” tendente a la retribución, tampoco es asumible por la administración de justicia que determina todos sus esfuerzos de tiempo y dinero a pesar de la palpable carencia de medios personales y materiales, en resolver asuntos de mayor relevancia o gravedad, en detrimento de otros que también lo tienen, sin que sea producente en líneas político-criminales, pues sigue provocando una genérica insatisfacción en los destinatarios y usuarios de la justicia, que se muestran insatisfechos por sus resultados.³ En este sentido cabe decir, que cuando el propio sistema penal al que determinados sectores de la dogmática le asignan funciones de confirmación de la vigencia de la norma y de preservación y restablecimiento de la paz social genera un exceso de violencia que perturba los fines que lo legitiman, se torna inhábil para preservar y restablecer precisamente esa paz social buscada, bloqueándose y generándose la aludida “desconfianza” por la insatisfacción de los resultados propuestos. De ahí que los modelos totémicos funcionalistas, a través del cauce procesal, revierten la confianza y seguridad pretendida, proporcionando una sorpresiva inseguridad

1 Cfr. MARTÍN RÍOS, M.P., Consideraciones acerca de la Circular 9/2011 de la FGE sobre criterios de actuación especializada de Ministerio Fiscal en Materia de Reforma de Menores. Anuario de Justicia de Menores, Editorial Astigi, 2011, p.5.

2 Cfr. HIGTON, E.I./Álvarez, G.S/Gregorio, C.G., La resolución alternativa de conflictos y sistema penal, la mediación penal y los sistemas víctima y victimario, Edit. ADHOC. Buenos aires. 1998, p. 60.

3 Cfr. PERULERO GARCÍA., Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal, en mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbito, Tecnos, Madrid, 2011, p. 454.

y desconfianza hacia aquella, que se traslada a las normas.⁴ Es más, el legislador tradicionalmente ha caído en el olvido acerca de las necesidades de las víctimas,⁵ quienes tienen el sentimiento natural que en el proceso penal vienen a cumplir una mera función probatoria, sobre la que sustentar la acusación del Ministerio Público, como meros servidores del proceso. Dilema, que con razón, incrementa el grado de frustración e impotencia de aquellas frente al infractor y frente al Estado, ante la inexistencia eficazmente desarrollada de mecanismos de expresión y de gestión dialogada, que amainen la tensión generada por el conflicto derivado del delito. Es fácil observar las dificultades prácticas que puede encontrar una víctima de un hecho delictivo para simplemente obtener información fluida de su propia causa.⁶ Las víctimas requieren un conocimiento preciso

4 Sobre estos resultados negativos para los destinatarios de la administración de justicia, son habituales en el ámbito de la violencia doméstica, en el que puede detectarse la violencia ejercida por el sistema procesal penal, sin que éste ofrezca otras posibilidades de remedio. Imaginemos dos hermanos convivientes en un mismo domicilio familiar, hombre y mujer, el primero de 25 años de edad y el segundo de 22, entre quienes surge una discusión motivada por acceder a un determinado programa televisivo y que lleva a que el varón agrede a su hermana dándole repetidos golpes en la cara y en el cuerpo, causándole lesiones. Resulta que la mujer no denuncia, pero “*la notitia criminis*” llega al juzgado no por su denuncia expresa, a la sazón hermana del agresor, sino por el llamado “parte judicial” de los servicios sanitarios correspondientes, incoándose el procedimiento penal correspondiente y ordenándose la detención del hermano agresor; quien, tanto en su declaración ante la guardia civil como en el juzgado, mantiene que fue una pelea entre hermanos y que otras veces le tocaba a él recibir los arañazos, reiterando que no consideraba que estos hechos fueran delito alguno. En este contexto procesal, añadimos que la mujer renuncia tanto a las acciones civiles y penales, aunque declara que su hermano es bastante impulsivo y que a veces se peleaban entre ellos. No obstante, a pesar de la inexistencia de denuncia expresa de la víctima, el Ministerio Fiscal no solicita el archivo, instando la continuación del procedimiento, cuya instrucción llega a durar más de un año y medio. A tales efectos, el Ministerio Público solicita una orden de prohibición de acercamiento y de comunicación, por lo que el presunto agresor se ve obligado a abandonar el domicilio familiar en el que vivía con sus padres y sus hermanos, sin que el núcleo familiar llegue a comprender la medida impuesta. Como se vislumbra, la repercusión familiar y social es cruenta, pues por una lado sus padres no se explican en qué lugar va a vivir su joven hijo, su hermana no quiere que su hermano se aleje de ella, y por último, el afectado tampoco comprende que lo que había hecho tuviera tanta relevancia como para romper a su familia de ese modo, durante un tiempo que además en aquél momento se presentaba incierto. Además, la situación social del joven disminuye, porque se ve obligado a residir junto con unos amigos de la misma edad, que mal viven en un piso alquilado durante el tiempo del procedimiento, sin que tal ambiente favorezca la estabilidad social, que ya poseía cuando vivía con su familia. Una vez acabada la instrucción y llegada la vista oral después de un año y medio, los hermanos se reconcilian, acogiéndose a su derecho a no declarar conforme al artículo 416 de la LECRM, dictándose sentencia absolutoria. Pues bien, atendiendo a éste caso, la violencia ejercida por el proceso es tal, que originó en los protagonistas una gran desconfianza en el funcionamiento de la administración de Justicia.

5 Por lo que respecta al origen de la justicia restaurativa, numerosos autores se remontan a la famosa *lex Talionis* Babilónicas como antecedentes de la compensación, pasando más adelante a considerar las restituciones económicas por la comisión de delitos durante la edad media. Vid, FUNES I ARTIAGA, J., *Mediación y justicia juvenil*. Fundació Jaume Callís. Barcelona. 1995, p. 27. También Vid. ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el Delito. Aspectos civiles y penales*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. pp. 33 y ss. En el mismo sentido GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2010, p. 126. Otros en cambio acuden a la justicia restaurativa de Canadá y de los EEUU iniciada en los años setenta. Vid, LAMARCA PÉREZ, C., *La mediación penal: una alternativa a la solución de conflictos*, en colegio oficial de psicólogo de Madrid: *Mediación: Una alternativa extrajudicial*, Colegio Oficial de Psicólogos, Delegación de Madrid, 1995, p. 134. También vid, LARRAURI PIJOAN, E., *La reparación*, en CID MOLINE, L/LARRAURI PIJOAN, E (coord), *penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 173. Por otro lado, no faltan quienes como TAMARIT SUMALLA, J.M., *La reparación a la víctima en el derecho penal, estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*. Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994, p. 105, ven el origen de la justicia restaurativa en los pueblos germánicos.

6 Es significativo en este aspecto las vivencias de las víctimas en los pasillos de los juzgados- *en los que no existen salas de espera para ellas*- a las que se les priva de su protagonismo como perjudicadas, cuando no son parte, en las denominadas conformidades. Ni el Juez ni el Fiscal, tiene obligación de escucharlas. No entran en la Sala. Y simplemente se les comunica por el agente judicial, que como el abogado defensor y el Fiscal han llegado a una

sobre sus expectativas con respecto al resultado del juicio, así como sobre la posibilidad de obtener una reparación adecuada a lo que necesitan.⁷ Tan es así, que estas necesidades han tenido repercusión en la Unión Europea a través de la Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea relativo al “Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal” que recoge unas bases de actuación, de las que el Estado Español, ha estado haciendo caso omiso hasta la publicación del Estatuto de la Víctima el día 28 de Abril de 2015.⁸ No obstante es de elogiar que el artículo 15 de esta Disposición permita a la víctima acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, bajo el cumplimiento de una serie de requisitos, como que no esté prohibida por la ley por la naturaleza del delito cometido, en clara referencia subrepticia a la violencia de género; aunque en todo caso cabe decir, que no existe aún una legislación de mínimos que abarque todos los aspectos fundamentales de esta forma de resolución de los conflictos intersubjetivo de intereses, ni mucho menos se eleva la categoría fundamental al modelo restaurativo con esta finalidad. En realidad, el modelo restaurativo,⁹ nace como reacción por parte de un buen número de sectores muy heterogéneo¹⁰ a la insatisfacción que provoca el sistema clásico en la respuesta al delito, a las reales consecuencias de la pena privativa de libertad, al abandono de la víctima en el proceso penal y a la creciente complejidad y conflictividad social, y como vemos, este sistema sigue manteniendo su hegemonía en el modelo de justicia. La “justicia restaurativa” se

conformidad, ya pueden marcharse. (La explicación de la que es acreedora la víctima corre a cargo del Ministerio Fiscal conforme a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/10).

7 Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, V., Necesidades de las víctimas, cuando el delito llega a los Tribunales, en ¿ qué es justicia restaurativa? Disponible en www.justiciarestaurativa.org. 2015.

8 Vid. Ley 4/2015 de 27 de Abril del Estatuto de la Víctima, a través de este Estatuto se establece el derecho de la víctima a recibir información sobre ciertos hitos de la causa penal, tales como la resolución por la que se acuerde iniciar o no el proceso, la Sentencia que ponga fin al mismo, las resoluciones acuerden la adopción de medidas cautelares, entre otras, tal y como vienen referidas en su artículo 7.

9 Aunque es difícil determinar el origen de este modelo de justicia, lo cierto es, que en sus comienzos se observa cierto ligamen con la justicia juvenil. Siguiendo a DOMINGO DE LA FUENTE, V., Justicia restaurativa y mediación penal, en revista de derecho penal Lex Nova, nº 23. Valladolid, 2008, se recoge el siguiente acontecimiento: “En 1974, la primera Corte que ordenó una Sentencia de justicia restaurativa fue realizada en Kitchener, Ontario. Dos jóvenes, capturados tras una parranda bandolina que dejó 22 propiedades dañadas, lo hicieron y gradualmente pudieron restituir el daño que habían causado. El éxito de este caso permitió el establecimiento de primer programa de justicia restaurativa, conocido como programa de restauración entre víctima y ofensores. En Elkart, Indiana el programa fue iniciado a pequeña escala en 1977- 1978 por agentes de la libertad condicional que habían aprendido del modelo de Ontario. Para 1979, este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada “el centro para Justicia Comunitaria”. Por otro en lado, es necesario resaltar que en nuestro derecho, la justicia Restaurativa suele definirse identificándola plenamente con una de las herramientas con las que puede llegarse a su consecución, esto es, con la mediación; que en realidad constituye la técnica jurídico-procedimental más utilizada dentro del desarrollo de este modelo de justicia, existiendo muchas más.

10 Entre estos sectores se encuentra la doctrina abolicionista, que en Europa cuenta con algunos partidarios entre los criminólogos – más que entre juristas- que se basa en la idea de que los clásicos inconvenientes del Derecho penal estatal predominan sobre sus ventajas. Parte de que con un aparato de justicia al servicio de la lucha contra el crimen no se puede conseguir aquello que no se pueda avanzar mediante al eliminación de las causas sociales de la delincuencia y si se diere el caso, a través de medidas extraestatales de mediación, actividades dirigidas a la reparación del daño y otras semejantes tan buenas o menores. Vid. ROXIN, C., Fundamentos político-criminales del derecho penal. 1ª Edit. Buenos Aires. Hammurabi. 2008,p. 338

caracteriza por el cambio en el punto de observación del fenómeno criminal, que ahora pasa a ser el conflicto surgido entre las partes implicadas en el fenómeno delictivo.¹¹ Nace por ello, con una vocación sanadora, este sistema, cuyo promotor principal fue el endocrinólogo y profesor David WEXLER¹² quien combina para configurar adecuadamente este sistema, tres elementos fundamentales: La víctima, la rehabilitación y la pacificación social, siempre con la finalidad de restaurar el daño causado en el plano personal, pero también el irrogado a la sociedad. El elemento clave que toma para su configuración es la satisfacción de las necesidades materiales, físicas y emocionales de los ciudadanos implicados en los procesos penales, así como de la colectividad. Se trata de arbitrar un proceso en el que el infractor y la víctima se erijan en dueños del conflicto con la finalidad de conseguir una comunicación directa entre ellas. En éste ámbito destaca Nils CHRISTIE¹³ para quien el conflicto no es de hecho algo que deba resolverse, sino algo que también debe poseerse. Para este autor, el sistema de justicia penal es el resultado del robo por parte del Estado del conflicto entre la víctima y el delincuente, lo que representa una pérdida real y seria. No obstante y a mi juicio, adelanto mi conformidad con las posibilidades de disposición del conflicto por los generadores del mismo; si bien, tampoco cabe reducir la resolución de éste, a modo de “justicia privada”, sino que el Estado y la comunidad deben intervenir en aquella posibilidad, pues algo deben decir ante el conflicto en el que se encuentra inmiscuido uno de sus ciudadanos. Por eso y en realidad, lo llamativo de este modelo de justicia es la pretensión de trasladar el estudio del fenómeno criminal del delito al conflicto, o dicho de otro modo, podemos decir, que lo relevante de la comisión de un hecho delictivo se encuentra en que éste origina un conflicto entre las partes implicadas en el delito. Un conflicto, que como cualquier otro, lejos de ser aludido o negado, es una realidad intersubjetiva que ha de intentar ser gestionada de la mejor de las maneras.¹⁴ Este modelo se ha definido como la filosofía y el método de resolver los conflictos penales que atienden primordialmente a la protección de la víctima y al establecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunicativo y el encuentro personal entre los directamente afectados con el objeto de

11 Es importante resaltar, que la idea de justicia restaurativa debe vincularse a concepto clásico de restablecer la paz social, y no al resarcimiento de la víctima. Como afirma CÁMARA ARROYO, S., Justicia restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina, en revista de justicia restaurativa, n°1, Octubre de 2011, p. 12, algún autor ha mencionado que éste pensamiento se encontraría en la filosofía clásica de Aristóteles, para quien el objeto de la justicia es restaurar un orden alterado por una acción ilícita. Ciertamente, si consultamos ARISTÓTELES, La política, Pol. 1253 a 35-37., en ella se hace una importante analogía entre el orden de la comunidad en su conjunto y el concepto de justicia.

12 Vid. WINICK, B / WEXLER, D., Judging in a therapeutic key: therapeutic jurisprudence and the courts. North Carolina. 2003, citado por Ríos Martín, JC., La protección de la víctima como coartada legal para el internamiento punitivo, en la ley de responsabilidad penal del menor: situación actual, VVAA, CGPJ, Madrid, 2006, p. 13.

13 Cfr. CHRISTIE, NILS., Los conflictos como pertenencia, en los delitos y las víctimas. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc, 1992.

14 Cfr. SARRADO SOLDEVILLA, La mediación en uno de sus ámbitos de aplicación: La justicia Penal Catalana. Edu. Soc., 1998, p. 101

satisfacer de modo efectivo las necesidades puesta de manifiesto por los mismos, devolviendo una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones y procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito.¹⁵ Otra manera de definir la Justicia Restaurativa es la de entenderla como un sistema de resolución de conflictos que tiene como finalidad llevar a los integrados en la tensión delictual a la situación previa a la comisión del hecho delictivo¹⁶, con pretensiones de integración social para el infractor. Esta pretensión se justifica porque uno de los polos de este modelo de justicia, es la lesión previa a la comisión material del delito que puede padecer el infractor,¹⁷ y que de alguna manera incide en la conducta delictiva. Valga como ejemplo, el hecho de que la mayoría de los delitos cometidos por adictos a sustancias psicoactivas, lo hacen por mantener su adicción, y en muchos casos los ofensores sexuales, especialmente los pedófilos, han sido víctimas de la misma conducta en su niñez o adolescencia, y por tanto repiten la actividad delictiva de su niñez.¹⁸ Por su parte, Howard ZEHR¹⁹ la entiende como un proceso que involucra en la medida de lo posible a los afectados por el delito, para que colectivamente puedan identificar y abordar los daños ocasionados por el delito. Las Naciones Unidas, la entienden, como una respuesta evolucionada del crimen que respeta la dignidad y equidad de cada persona, y promueve la armonía social a través de “la sanación” de la víctima, infractor y comunidad.²⁰ Por último, la declaración de Viena²¹ sobre la delincuencia y la Justicia, frente a los retos del S.XXI, motivó el desarrollo de políticas,

15 Definición formulada por RÍOS MARTÍN/ MARTÍNEZ ESCAMILLA/ GALLEGUO DÍAZ/ JIMÉNEZ ARBELO, Servicio de planificación y análisis de la actividad judicial del CGPJ, 2008, en www.icasal.com/pdf/.../info%20MedPenal%20Estatual%20CGPJ.doc.

16 Vid. FRIEDMAN VOLOSKY, Lorely, Justicia Restaurativa. Nuevas formas de tratamiento para delincuentes juveniles. Publicaciones de derecho penal Europeo e Internacional. Disponible en www.cienciaspenales.net, p.3. Para estos autores, la Justicia Restaurativa construye el concepto de dominio (pertenencia) destacando con ello, el derecho de toda persona a sí mismo, a su integración, al contexto que lo rodea, su red de relaciones, sus bienes, y la percepción de que lugar ocupa en la comunidad”.

17 A este respecto son esclarecedoras las palabras de NILS CHRISTIE, Los límites del dolor, FCE, México, 1984, “ La pobreza, la miseria y la falta de educación se han de combatir por medio de escuelas y ayuda social, pero nunca a través de las prisiones”.

18 Cfr. BRENES QUESADA, C., Justicia restaurativa: una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense, Universidad Fidélitas, Tesis Doctoral, Costa Rica, p. 51

19 Cfr. HOWARD ZEHR, El pequeño libro sobre justicia restaurativa, Intercourse, 2002, citado por DOMINGO DE LA FUENTE, V., Necesidades de las víctimas, 2015.

20 Cfr. BRENES QUESADA, C., Justicia restaurativa, p.50; El concepto de comunidad es discutido. Algunas veces se identifica con una ubicación geográfica, - el barrio en el que la víctima o el delincuente vive-, otros entiende que el concepto no debe ser geográfico enfatizando la idea de conectividad y relaciones: comunidad de Atención. John BRAITHWHITE, sugiere que el término debe ser comunidad de interés, entendiéndola como la disposición de los miembros de tomar medidas a nombre de la comunidad, que no solo adoptarán para sí, sino que van muy positivamente en detrimento de sus intereses propios. Las comunidades de interés se caracterizan por un sentir fundamental de deber, reciprocidad y pertenencia. Este interés puede estar en la víctima o el delincuente y ese interés puede estar o no motivado por la compasión, puede estar en reducir el crimen en el área donde el crimen ocurrió, y podría estar en la justicia restaurativa y como es aplicada.

21 Declaración de Viena sobre delito y justicia: enfrentando los retos del siglo veintiuno, 10º congreso de las naciones unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento a delincuentes. Viena 10-17 de Abril de 2000, A/CONF.184/4/Rev.3, párrafo 29.

procedimientos y programas de justicia restaurativa que fuesen respetuosos con los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, y todas las demás partes. Además de su evidente carácter integral, este modelo de justicia responde a un conjunto de principios básicos que se estiman necesarios para lograr la efectividad de su implementación. Así, en Agosto de 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas adoptó una resolución convocando a los Estados Miembros que están implementando programas de justicia Restaurativa, a hacer uso del conjunto de unos principios básicos, sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. Estos principios ofrecen una guía importante para los creadores de políticas, las organizaciones comunitarias y los funcionarios de la justicia penal involucrados en el desarrollo de respuestas de justicia restaurativa a la delincuencia en su sociedad. Del mismo modo en el año 2005, la declaración del décimo primer Congreso de las Naciones Unidas instó a los Estados Miembros a reconocer la importancia de desarrollar aún más, políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que incluyan alternativas a los procesos judiciales. También la Directiva 2012/29 del parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 25 de Octubre de 2012 establece una definición de justicia restaurativa, aunque desde mi punto de vista lo hace de manera insuficiente, al restringir su concepto al de cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libre para ello en los problemas resultantes de la infracción penal, con la ayuda de un tercero imparcial. Sin embargo, esta definición no puede cuanto menos ser criticada, en tanto en cuanto omite la presencia de “la comunidad” como posible afectada de manera indirecta por la comisión del Delito. Y lo mismo cabe decir con respecto aquellos conceptos que identifican la justicia restaurativa con la mera satisfacción o reparación del daño, a cargo o impuesto unilateralmente por el Estado, o lo que es lo mismo, con el logro del establecimiento de una relación tendente a dar solución al conflicto entre víctima y Estado, obviando la intervención de infractor. En este sentido, como acertadamente exponen Macold&Wachtel²² cuando la justicia penal involucra a una sola de las partes interesadas, como en los casos en los cuales se logra una compensación financiera concedida por el Estado o una prestación de servicio comunitario impuesta al agresor, el proceso solamente produce efectos parcialmente restaurativos porque únicamente cuando las tres principales partes interesadas están involucradas estaríamos ante la presencia de una pretensión de justicia restaurativa plena, pues solucionar el conflicto también pasa por adecuar la voluntad del infractor a los valores necesarios para la convivencia pacífica de la sociedad y el primer paso es lograr su compromiso con el

22 Vid. MCOLD&WACHTEL (2003) citado por SCHIMTZ JEAN; Avances en América Latina y Control, en Observatorio de Justicia Internacional. 2014. Disponible en Internet: www.oijj.org/es/interviews/interview-to-jean-schimtz.

proceso. Por este motivo, se hace preciso promover un contacto beneficioso entre la víctima y el infractor que simbolice la búsqueda de la integración social, omitiendo exclusiones desmoralizantes, en el bien entendido que el comportamiento delictivo posee una proyección extensiva que afecta a la ley, a la víctima, a los familiares, al delincuente y a la propia comunidad. Por ello, en el desarrollo práctico de éste modelo, no puede faltar ninguno de los polos en tensión.

II. LA TERCERA VÍA O REPARACIÓN DEL DAÑO.

Por otro lado, si algo no cabe desconocer en relación con la justicia restaurativa, es que tiene salida desde el punto de vista de la dogmática-penal, a través de la teoría de “la reparación del daño”. De hecho, ROXIN²³ elabora un concepto particular acerca de la justicia restaurativa, desde una perspectiva puramente dogmática, al lado de la pena y de la medida de seguridad, como una “tercera vía”, entendida como “vía reparadora”. El atractivo del fomento del instituto de la reparación en el derecho penal, radica, en su efecto preventivo general en su mejor sentido. Si bien no es necesariamente la única vía, la paz jurídica se ve restablecida en los pequeños delitos fundamentalmente con el resarcimiento de la víctima y la conciliación entre ésta y el autor²⁴. Tan es así, que para ROXIN, la vía reparadora produce tanto efectos preventivos generales como efectos preventivos especiales. Así, el hecho de que el sujeto activo de un delito se haya esforzado por reconciliarse con la víctima, que haya emprendido todos los esfuerzos para la reparación del daño, que haga trabajos en interés de la generalidad o que se someta voluntariamente a una terapia social que exija una intervención muy personal, puede ser contemplado por la generalidad, en el sentido de que el infractor quiere retornar a la legalidad a través de acciones auto-responsables, algo que sirve a la paz jurídica, crea confianza y facilita la reinserción social del delincuente.²⁵ Del mismo modo, también es adecuada para la prevención especial, dado que el autor se ve obligado a enfrentarse internamente con el hecho y sus consecuencias, a ayudar a la víctima mediante prestaciones activas, y en definitiva, a desplegar una tarea resocializadora. La reparación además, evita las consecuencia desocializadoras de otras sanciones, y por ello es satisfactoria desde el punto de vista de la socialización, ante lo que se hace difícilmente sostenible la tesis de Hegel cuando

23 Vid. ROXIN, C., Evolución de la política-criminal, el Derecho penal y el proceso penal. Edit, Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. pp. 34 y 35. ROXIN, pone de manifiesto que la única conquista político-criminal importante del derecho penal Alemán en los últimos 20 años, es la inclusión de la idea de reparación en el sistema sancionatorio. (Código penal Alemán en el parágrafo 46a, que prevé que en caso de conciliación entre el autor y la víctima o de una propuesta seria de reparación, la pena se atenúe e incluso pueda prescindirse de ella si se trata de pena privativa de libertad inferior a un año.). También el mismo autor respecto a la reparación en el sistema de los fines de la pena, en Wiedergutmachung und Strafrecht, edit, Schöch 1987, p. 37, donde manifiesta expresamente “que tanto la relevancia sancionadora de la reparación y el acuerdo entre el autor y la víctima es un ejemplo modélico de la política-criminal y el motivo por el que desde hace ya quince años que me he comprometido con ella”.

24 Cfr. ROXIN, C.,ult,ob,cit,p. 35.

25 Cfr. ROXIN, C., Teoría del Delito en la discusión actual, editorial Grijley, Lima, 2006,p. 87

criticaba la finalidad de la pena de la prevención especial, como aquella con la que se trata al ser humano como a un perro contra quien se levanta el palo²⁶, dado que la reparación supone que de manera auto-responsable, el sujeto trabaja para sí mismo, para dar solución al conflicto que ha generado con su actuar.²⁷ En consecuencia entendemos, que la reparación posee capacidad para erigirse en una alternativa a la pena²⁸, existiendo la posibilidad de considerar la reparación dentro de un efecto “premio” del derecho penal antes que meramente sancionador, y que desde luego, en el sistema penal de menores cumpliría una función útil como reforzamiento positivo. Esta posibilidad, también es expuesta por ROXIN, cuando afirma que si volcamos nuestra mirada hacia los nuevos métodos de sanción, tales como la compensación autor-víctima, la reparación civil prestada bajo esfuerzos personales y también el trabajo comunitario, se observa un comportamiento activo del condenado en vez de una simple actitud de soportar las medidas coercitivas estatales.²⁹

Sin embargo, tampoco cabe confundir la reparación en sentido penal con la reparación en sentido civil.³⁰ La reparación del daño en el ámbito penal incluye aspectos sociales relacionados con los fines de la pena, que no pueden ser cubiertos con la responsabilidad civil del daño, y van más allá de la misma. En este sentido, no es nada desdeñable configurar la reparación como una sanción en sí misma, pues trata de valorar positivamente el comportamiento posterior del delincuente, que no tiene por qué reducirse exclusivamente al aspecto material, sino que también puede extenderse hacia la reparación simbólica. El fundamento de admitir la reparación como una opción punitiva, puede encontrarse en la “no necesidad de pena” o en la “no necesidad de medida de seguridad”³¹ sin que falten autores que pretendan verlo desde la óptica de las condiciones objetivas de

26 Vid. HEGEL, en su discusión con Feuerbach., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, citado por ROXIN, C., *Teoría del Delito en la discusión actual*, 2006, p. 87

27 Cfr. ROXIN, C., *Teoría del Delito*, 2006, p. 87

28 Para LARRAURI, E., *La reparación, en penas alternativas a la prisión*. Edit. Bosch. Barcelona, p. 175, la consideración de la reparación dentro de los fines de la pena podría entenderse legitimada desde y a partir del principio de subsidiariedad de la pena de prisión, la reorientación hacia la víctima y la no desocialización del delincuente.

29 Cfr. ROXIN, C., *ult,ob,cit,p.* 86

30 Existen autores como Albin ESER que defienden que cuando se realizan actos de reparación del daño, la consecuencia jurídica penal prevista en la mayoría de las legislaciones es la atenuación de pena. La satisfacción total del daño material se deja en manos de la víctima y del derecho civil, al ser considerada como una consecuencia que se deriva del delito de naturaleza exclusivamente civil. Como si se tratara de una cuestión que depende de la esfera privada del ofendido en la que el derecho público nada tiene que hacer, o de la que no corresponde que se ocupe. Para una corriente doctrinal penal, se debe poner fin a la evolución por separado del proceso civil orientado a la reparación de la víctima y el proceso penal orientado a la penalización del autor. También Vid. GIMÉNEZ-SALINAS; *La mediación y la reparación, Aproximación a un modelo en la mediación penal*, Colección Justicia I Societat, Barcerlona, 1999, p. 201, para quien la reparación penal no se puede confundir con la indemnización de civil a las víctimas porque ambas, no siempre coinciden, ni siquiera en los criterios que rigen su ponderación son iguales.

31 Vid. H. OTTO., *Strafwürdigkeit und strafbedürftigkeit als eigenständige delikkategorien*, en *Gedächtnisschrift für Schröder*, München, 1978, p. 53, para quien al momento de valorar un comportamiento como perjudicial se recurre al “merecimiento de pena” que corresponde a la dañosidad social; mientras que la necesidad de pena es la respuesta a la finalidad de la pena y se deduce del principio de subsidiaridad. Entonces la pena no será necesaria cuando no ofrezca una posibilidad cierta de prevenir o corregir la dañosidad social.

punibilidad como “ elementos adicionales del delito” que deben añadirse al injusto y a la culpabilidad, cuando desde la óptica de la necesidad de pena configuren determinados tipos penales.³²

III. SUPUESTOS CONCRETOS DE APLICACIÓN

Ahora bien, llevar a un término práctico el ideal de una justicia reparadora no es tarea fácil. Baste decir, que los éxitos detectados han estado relacionados con la justicia juvenil, y muy lejos de nuestras fronteras, utilizando técnicas que no caen en el tópico “de la mediación” y que se han venido utilizando durante años. En este sentido, también compartimos opinión con Giménez-Salinas, para quien la finalidad reparadora es ideal para la justicia de menores, por su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico, su concepción de medida educativa y su carácter de menor represión.³³ Pues bien, de manera natural, se ha ido gestando un movimiento restaurativo internacional y hoy la lista de países con sistemas de este tipo incluye a: Nueva Zelanda, Australia, Canadá, Irlanda, Eslovenia, Italia, Alemania, Gran Bretaña, Holanda, Japón, Chile, Argentina y Colombia.³⁴ En concreto, el sistema de justicia juvenil de Porto Alegre, en su *acta de niño y adolescente de 1990* ya permitía que el Juez que presidía la corte juvenil pudiera suspender los procedimientos legales para jóvenes implicados por primera vez en delitos no muy serios para utilizar sanciones como el servicio comunitario y la reparación. En Inglaterra y Gales, un método ampliamente usado con características restaurativas, es el uso de los llamados “paneles restaurativos” a los que son remitidos los delincuentes jóvenes primarios de edades comprendidas entre los 10 y los 17 años. El panel establece un plan de acción a través del cual el joven pueda reparar o solucionar sus problemas. Los jóvenes que reinciden pueden obtener una orden reparadora. También se utilizan los llamados YOT de Oxfordshire, (Equipo de delincuentes Juveniles) que tiene como meta consultar a cada una de las víctimas de cada caso, ofreciendo una oportunidad de contacto con el delincuente joven o la oportunidad de decidir el enfoque de su reparación. Las víctimas que no quieren reunirse con el delincuente o recibir reparación, pueden elegir las posibilidades establecidas por un manual, en qué proyecto reparador local quieren que el delincuente participe. En Canadá,³⁵ la llamada *acta de justicia penal juvenil* ha incrementado

32 Vid. GALAIN PALERMO, P., ¿La reparación del daño como tercera vía punitiva?, especial consideración a la posición de Claus ROXIN, Redur 3, 2005, p. 200

33 Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS., La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado, en Eguzkilore, Cuaderno del instituto Vasco de Criminología, nº10, San Sebastián, 1996, p. 207

34 Cfr. BRENES QUESADA, C., Justicia restaurativa, p.138.

35 Vid. ÁLVAREZ RAMOS, F., Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales, en International e-journal of criminal Science, artículo 3, nº3, 2008. Disponible en Dialnet, p. 4. Este autor refiere que un recurso muy utilizado en Canadá en relación con delitos de naturaleza sexual es el llamado “*círculo de apoyo*” que se aplica a los agresores sexuales adultos. Los integrantes de las comunidades religiosas pactan un convenio o acuerdo de

específicamente la participación de la policía como agentes de remisión frontal a programas restaurativos y a las prácticas restaurativas patrocinadas por ella misma, marcando un regreso a su papel de guardiana de la paz.³⁶ Esta función encomendada a la policía viene a constituir un primer nivel restaurativo que fomenta la unión de lazos entre las fuerzas del orden y la comunidad. Fue en este país, en Ontario, donde tuvo lugar el experimento “Kitchener” en el año 1974, llevado a cabo por una comunidad Menonita, bajo la vigilancia de jueces, donde se logró que dos jóvenes que realizaron actos de vandalismo, repararan los daños ocasionados mediante fórmulas individualizadas acordadas con cada uno de los 24 afectados. Tras el éxito del experimento, Canadá ha realizado múltiples programas con altos niveles de satisfacción.³⁷ El primer programa que utilizó, fue el conocido como Programa de reconciliación entre víctima y delincuente. En Rehartar (Indiana) este programa de reconciliación fue iniciado en pequeña escala por Agentes de la Libertad Condicional que habrían aprendido del modelo de Ontario. De hecho, en 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada “El centro para justicia Comunitaria”.³⁸ Por su parte, en Nueva Zelanda³⁹ en el año 1989 se creó lo que se conoce como “conferencia de grupos familiares” en la comunidad indígena Maori que finalmente lo introdujo en su sistema juvenil. También Australia recoge estas “conferencias de grupos familiares” aunque centrándolas en el ámbito municipal. Uno de los proyectos más interesantes fue el desarrollado por el departamento de policía de Wagga Wagga y que ha poseído una gran difusión internacional. En este sistema, las conferencias⁴⁰ son coordinadas por oficiales de policía uniformados o por personal

responsabilidad y de apoyo a los ex-reclusos. Esta práctica trata de elevar la seguridad jurídica puesto que compromete al agresor a seguir un plan de reintegración tras el cumplimiento de la pena principal. También en Canadá se utilizan los llamados “*círculos de paz*” recurso consistente en una especie de mediación, muy extendido entre los aborígenes y que toma éste nombre por tomar asiento en círculo durante el encuentro.

36 Vid. UNITED NATIONS, Manual de Justicia restaurativa, New York, 2006,p. 62. Disponible en Internet: www.unodoc.org/crimeprevention.

37 Cfr. WRIGHT MARTÍN., Mediación y Justicia Restaurativa, en biblioteca virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, disponible en www.juridicas.unam.mx,p. 32

38 Cfr. BRENES QUESADA, C., Justicia restaurativa, pp. 37-38

39 Nueva Zelanda en 1985 aprobó la New Zealand Criminal Justice Act, que estableció la reparación como posible contenido de la Sentencia complementando otras posibles condenas. En su origen esta ley contemplaba dicha posibilidad sólo para delitos contra la propiedad o posibles perjuicios que se hubieren podido ocasionar a la víctima. En 1987 se modifica este ordenamiento adicionando el elemento a valorar del daño emocional causado a la víctima como elemento a ponderar para la determinación de la reparación, lamentablemente esto era determinado por el tribunal sin considerar al fiscal ni al delincuente, en su lugar se solicitaba un informe a la policía o a cualquier persona que pudiera auxiliar en la determinación. En la actualidad este informe garantiza un equilibrio porque evita presiones o ejercicio de poder de una parte sobre otra, y elementos de valoración judicial. Vid, GALAWAY, B., The Zealand Experience Implementing the Reparation Sentence, en Messmer/Otto (Edit), Restorative Justice Research Perspective, Dordrecht-Boston- London, Kluwer, 1996,p. 6. En vista del resultado obtenido, se extendió su aplicación al sistema de justicia penal con adultos jóvenes (17 y 20 años) a través de la “Conferencia del Grupo Familiar”. Hoy en día es aplicable a la justicia de adultos.

40 Cfr. ROMERA ANTÓN, C., Conferencias comunitarias y justicia restaurativa, en la mediación civil y penal, un año de experiencia. Estudios de derecho judicial, CGPJ, Madrid, 2007, p.198. Este autor explica cómo se llevan a cabo las conferencias. En primer lugar, es requisito imprescindible que el joven que haya infringido la ley, reconozca voluntariamente los hechos, siempre en presencia de sus padres o de sus representantes legales, por escrito o mediante

escolar, considerándose adecuada a la policía para derivar casos, así como para hacer advertencias formales por hechos de Bagatela. Normalmente, se eligen para esta labor sargentos de policía con experiencia y formación especializada en coordinación de grupos y resolución de conflictos.⁴¹ Estos modelos se basan en la teoría de BRAITHWAITE, sobre “la vergüenza reintegradora” que enfatiza en la posibilidad de cambio de comportamiento del joven agresor. Se considera que la justicia juvenil no representa sólo una incapacidad de autocontrol por parte del joven, sino que también es un síntoma de que el sistema familiar y el control comunitario están fallando. Las Conferencias facilitan la posibilidad de que sea la vergüenza un elemento necesario para restablecer el daño hecho y evitar que se vuelva a repetir, y terminan con una ceremonia de perdón y de reintegración en la comunidad. Desde mi punto de vista, lo interesante de esta forma de solucionar los conflictos, es que el joven concibe la amenaza de perder el estatus relacional, como una amenaza real, sin que ésta pueda ser hecha por el Estado, pues únicamente puede venir de aquellos que tiene una relación directa con la persona a la que se le está cuestionando el comportamiento.⁴² Dentro del modelo restaurativo destaca como complemento fundamental para la consecución de estos programas el denominado “compromiso de no reincidir” que en alguna ocasión se ha valorado por sí sola, de manera determinante. Uno de los ejemplos más claro acerca de la importancia de tal compromiso, tuvo lugar en Mozambique, en el año 1982, cuando su presidente Samora Machel reunió en un aula a los presos y mercenarios de Sudáfrica, y les pidió que se arrepintieran de lo que habían hecho en ese territorio y acto seguido, ante su declaración de arrepentimiento, todos fueron dejados en libertad.⁴³ En EEUU, destaca la conciliación post-delictual y consiste en que la víctima y el agresor se reúnan tras sentencia judicial y durante el cumplimiento de la misma. Se aplica para determinados delitos graves, como intento de homicidio, violación, etc., con el objeto de aportar a la víctima una satisfacción moral y promover el arrepentimiento del condenado.⁴⁴ Como hemos referido en el apartado correspondiente, esta posibilidad conciliadora existe en nuestro sistema de justicia juvenil permitiendo modificar la medida impuesta al afectado por la misma. Un elemento común en los países de Europa de Este y Oeste es la aplicación de elementos de justicia restaurativa para los jóvenes infractores. Normalmente se utilizan las prácticas más comunes como la

grabación. Todo éste trámite se lleva a cabo en la comisaría de policía. Una vez cumplimentado éste requisito, deberá pasar por un panel de policías que decidirán la conveniencia o no de la conferencia. El espacio físico donde se realizan las conferencias es la comisaría, cuestión problemática, y que ha sido objeto de críticas, al considerar que tal espacio nunca es neutral. Posteriormente la conferencia termina con una ceremonia de perdón y arrepentimiento, que significa la aceptación simbólica y la reintegración de la persona en su comunidad.

41 Cfr. ROMERA ANTÓN, C., ob.cit, p.196.

42 Cfr. ROMERA ANTÓN, C., ob.cit,p. 199.

43 Cfr. FRIEDMAN VOLOSKY, Lorely., justicia restaurativa, nuevas formas de tratamiento para delincuentes juveniles, publicaciones de derecho penal europeo e internacional. Disponible en [www. Cienciaspenales.net](http://www.Cienciaspenales.net), p 5.

44 Cfr. ÁLVAREZ RAMOS, F., Mediación Penal Juvenil y otras soluciones extrajudiciales, en *internacional e-journal of Criminal Science*, artículo 3, nº3, 2008, Dialnet, p. 4

reconciliación, reparación⁴⁵, la mediación o las disculpas para la víctima, que llevan utilizándose unos 15 años. Los primeros proyectos pilotos de mediación fueron introducidos en 1990 en países como Eslovenia y en República Checa, que fueron incorporados como salidas informales del proceso, conocidos como técnicas de diversión.⁴⁶

IV. CONCLUSIÓN Y TOMA DE POSTURA

En síntesis, a modo de conclusión y de toma de postura, la pretensión de este modelo de justicia de hacer retornar al momento anterior a la comisión del injusto, permite disponer del vigor normativo por la partes afectadas en el conflicto, confirmado no la abstracción normativista, sino el reconocimiento de la víctima y del infractor de la capacidad de neutralizar o restaurar su propio conflicto,⁴⁷ siempre interviniendo la comunidad en representación de la norma infringida. Y es en este aspecto donde incido en mi posición, considerando que el modelo restaurativo tiene su foco en el conflicto y no en el delincuente, como aspecto central de la justicia tradicional; en tal sentido, las partes implicadas deben ostentar una absoluta libertad en el manejo de la tensión ocasionada por el delito, si cotas ni vetos, pues nadie mejor para dar una respuesta o solución al daño ocasionado por el delito, que las propias partes implicadas. Es cierto, que aquellas posiciones sistémicas que identifican el delito con el quebranto de la norma jurídica difícilmente pueden mantener una postura a favor de la disponibilidad del conflicto, pero si observamos el derecho penal en su vertiente de protección de bienes jurídicos, es perfectamente asumible admitir el derecho a la desposesión de dicha protección por los implicados o incluso a permitir una negociación dialogada sobre la misma. En este aspecto, no podemos negar el avance que ha supuesto la publicación del Estatuto de la Víctima de LO 4/2015, y su Reglamento 1109/2015 de 27 de Abril, en donde se hace referencia expresa a la posibilidad del uso de medidas restaurativas para la víctima, aunque de todo punto insuficiente desde nuestro punto de vista. Sobre todo, porque el Reglamento mencionado concede a

45 Vid. DÜNKEL F/CASTRO MORALES; Sistemas de justicia juvenil y política criminal en Europa, Universidad de Greifswald, p.7; ponen de manifiesto que la reparación víctima-ofensor ha tenido una significancia cuantitativa en la praxis de las cortes juveniles de Alemania y Austria.(8 % de todas las sanciones juveniles impuestas) y si consideramos al trabajo o servicio comunitario como un sanción restaurativa, el número de jóvenes y jóvenes adultos aumentaría en un tercio.

46 Cfr. DÜNKEL, F/CASTRO MORALES., ob.cit,p. 7.

47 Para ROXIN, C., ult.ob.cit, p. 339, si estas suposiciones son realistas, el futuro del Derecho penal debería encontrarse de hecho sólo en su supresión. Continúa diciendo, que desgraciadamente las consecuencias sociales y románticas que podrían extraer de esta concepción son demasiado fuertes. Una sociedad sin derecho penal presupondría ante todo que a través del control de natalidad, de mercados comunes, y a través del tratamiento razonable de los recursos de nuestro mundo se podría crear una sociedad que eliminaría progresivamente las causas de la criminalidad y de esta forma se reduciría drásticamente la delincuencia en el sentido actual. Pero este presupuesto se basa en concepciones erróneas. Una de ellas, es que las condiciones sociales determinan más el como que el sí de la criminalidad: si capas enteras de la población pasan hambre, se origina una gran criminalidad de la pobreza: si la mayoría vive en buenas relaciones económicas, se desarrolla una criminalidad del bienestar que de debe al afán de poseer cada vez más y así adquirir prestigio social.

los servicios de asistencia a la víctima, la facultad de proponer al órgano judicial la mediación penal, cuando sea beneficioso para aquella, es decir, se hace depender el uso de ésta, de la previa valoración positiva de tales instrumentos restaurativos por tales servicios, constituyendo tal facultad, una separación entre la víctima y el conflicto; circunstancia ésta, que supone una muestra más del importante camino que queda por recorrer en esta materia donde el arraigo cultural de un derecho penal tradicional está íntimamente interiorizado en nuestra sociedad y en la conciencia del legislador, que sin capacidad innovadora e imaginativa, nos arrastra a una concepción político-criminal anclada en el “populismo punitivo” y en la necesidad de dar satisfacción a ciertas convenciones sociales, que conciben los medios de comunicación como el mejor referente sobre el funcionamiento de la justicia.