

Márquez Cárdenas, Álvaro E.

NORMATIVIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL CONTEXTO  
NACIONAL Y SU COMPARACIÓN EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XIII, núm. 25, enero-junio, 2010, pp. 251-275  
Universidad Militar Nueva Granada  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617271015>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

## **NORMATIVIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL CONTEXTO NACIONAL Y SU COMPARACIÓN EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA\***

**Álvaro E. Márquez Cárdenas, Ph. D.\*\***

Fecha de Recepción: 5 de Abril de 2010

Fecha de Aceptación: 30 de Abril de 2010

Artículo Resultado de Investigación

### **Resumen**

La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas más que en castigar a los delincuentes. La justicia restaurativa es una justicia de consenso, de participación en la solución del conflicto originado con el delito por todos sus afectados.

### **Palabras clave**

Víctima, Compensación, Resolución de conflictos, Autores, Partícipes, Justicia restaurativa, Proceso penal.

\* El presente escrito es el resultado de a investigación terminada denominada: Las víctimas en nuevos sistema acusatorio y los mecanismos alternativos en el nuevo sistema acusatorio. Línea de investigación: Derecho penal. Trabajo de investigación adelantado en la Universidad Militar Nueva Granada.

\*\* Abogado. Doctor en Derecho Por La Universidad Complutense de Madrid, España. Estudios de doctorado en Derecho Fundamentales, adelantados en la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en criminología. Instituto de criminología, U. Complutense. Master en Estudios Políticos, Universidad Javeriana, ex magistrado, Director Centro de investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada. Libros publicados: La Autoría Mediata en el Derecho Penal, La Delincuencia Económica, de la Editorial Ibáñez. Correo electrónico: alvaro.marquez@unimilitar.edu.co ; marquez\_alvaro@hotmail.com

## **REGULATIONS AND RESTORATIVE JUSTICE CHARACTERISTICS IN THE NATIONAL CONTEXT AND ITS COMPARISON IN FOREIGN LAW**

### **Abstract**

The restorative justice is a new way of considering the penal justice which centers in repairing the hurt caused to people and to the relations more than in punishing the delinquents. The restorative justice is a justice of consensus, of participation in the solution of the conflict originated with the crime for all the affected ones.

### **Keywords**

Victim, Compensation, Resolution of conflicts, Authors, Participants, Restorative justice, Penal process.

### **PROBLEMA A INVESTIGAR**

En el presente capítulo se pretende resolver el interrogante acerca de establecer cómo la figura de la justicia restaurativa o recreativa, como de denomina en España, o reparadora en algunos países de América Latina, se encuentra regulada legislativamente en otros países, con el fin de comparar con la institución procesal que trae el sistema acusatorio en Colombia.

### **METODOLOGÍA**

Se trata de una metodología de investigación normativa jurisprudencia y comparativa, que nos permite explicar el desarrollo de la justicia restaurativa en otras legislaciones para recoger las experiencias en su aplicación, y proponerlas o sugerirlas para los operadores del nuevo código de procedimiento penal en nuestro país.

## INTRODUCCIÓN

La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes. La justicia restaurativa surgió en la década de los años 70 como una forma de mediación entre víctimas y delincuentes, y en la década de los años 90 amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, con la participación de familiares y amigos de las víctimas y los delincuentes, en procedimientos de colaboración denominados “reuniones de restauración” y “círculos.”

Este nuevo enfoque en el proceso de atención para las personas afectadas por un delito, y la obtención de control personal, asociado parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades cada vez más indiferentes con las víctimas. La justicia restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y la criminología. Entendido como un proceso donde las partes involucradas en un conflicto originado por la comisión de delito, resuelve colectivamente solucionarlo tratando las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro. En ese proceso participan necesariamente las víctimas, los victimarios y la comunidad. En la definición se enfatiza en dos conceptos en el proceso y en el resultado restaurativo, como se aprecia en el Art. 518 del proyecto en los siguientes términos: “*Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador*”<sup>1</sup>.

## RESULTADOS

### CAPÍTULO I

#### 1. FUENTES NORMATIVAS Y DOCTRINARIAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

##### 1.1 Instrumentos internacionales

Los siguientes son principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985:

*“4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Este resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. 9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales”<sup>2</sup>.*

Igualmente, forman parte de los instrumentos internacionales el conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la

<sup>1</sup> ALONSO RIMO, Alberto. *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*. Tirant lo Banch. Valencia. 2002. p. 167.

<sup>2</sup> Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.

impunidad que establece los derechos de las víctimas: **I. Derecho a saber:** Principio 3. El derecho de las víctimas a saber. Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. **II. Derecho a la justicia:** Principio 20. Deberes de los Estados en materia de administración de justicia. La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas los recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones. **III. Derecho a obtener reparación:** Principio 39. Ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación. El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de alcance general, como medidas de satisfacción y garantías sobre la no repetición<sup>3</sup>.

## 1.2 Constitución política

Dispone el Artículo 250 de la Constitución Política reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002<sup>4</sup> en su Artículo 2º:

<sup>3</sup> En la misma forma se expresa el Anexo al Informe Final del Relator Especial sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado a la Comisión Permanente de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2000.

<sup>4</sup> Resulta, en consecuencia, el Acto Legislativo 03 de 2002 la norma constitucional básica creadora del

*“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los delitos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1.: Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas... 2.: ... 3.: ... 4.: ... 5.: ... 6.: Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados por el delito. 7.: Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervenientes en el proceso penal; la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa. 8.: ... 9.: ...”<sup>5</sup>.*

## 1.3 Código de procedimiento penal

La Ley 906 de 2004 dedica el Libro VI y los tres capítulos que lo integran: Artículos 518 a 521

mecanismo de la Justicia Restaurativa que, por lo demás, enmarcó en su contexto el contenido de los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>5</sup> Artículo 250 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002 en su Artículo 2º.

inclusive, el primero; Artículo 522 el segundo, y Artículos 523 al 527 inclusive, el tercero, a desarrollar el mecanismo de la Justicia Restaurativa, a reglamentar sus moduladores y a legislar en torno a su significado, alcance y consecuencias. La doctrina de la Corte Constitucional creó sin lugar a dudas un antecedente de importancia manifiesta sobre la justicia restaurativa, en particular mediante el pronunciamiento contenido en la sentencia C-228 de 2001, Magistrados Ponentes Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Linett, en donde por primera vez se plantearon doctrinariamente los derechos de las víctimas, reducidos, hasta ese instante, a la sola indemnización económica. Esto abrió el camino a los mecanismos del nuevo instituto, posteriormente constitucionalizado en el Acto Legislativo 03 de 2002 y luego reglamentado a través de las disposiciones citadas anteriormente de la Ley 906 de 2004.

Al respecto, plantea la Corte Constitucional:

*“... tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia -no restringida exclusivamente a una reparación económica- fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos. De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso: 1.: El derecho*

*a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. 2.: El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 3.: El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito”<sup>6</sup>.*

#### 1.4 Circunstancias para enviar un caso a la solución del conflicto a un programa de justicia restaurativa

Con el fin de garantizar la transparencia, la seriedad y la eficacia de los mecanismos de justicia restaurativa, creados por las normas procesales establecidas en el nuevo sistema acusatorio, es necesario que quienes se integren a un programa de justicia restaurativa conozcan desde el primer momento en qué consiste esta forma alternativa de justicia, las consecuencias que comporta su decisión, las trascendencias de los acuerdos que lleguen a obtenerse, los beneficios para las partes, los efectos de los mismo a un futuro en el proceso penal y la protección que la misma ley otorga al infractor en el caso de que no se llegue a ningún acuerdo restaurativo o que se incumplan los compromisos adquiridos. Antes de la remisión de un caso al proceso restaurativo, la norma de Ley 906 ha dispuesto algunas condiciones y requisitos para que el fiscal que conoce del proceso pueda remitir el caso a los programas de justicia restaurativa.

Esas condiciones, establecidas en el Artículo 520 de la Ley 906 de 2004, son: a) Los funcionarios judiciales -fiscal y juez- están en la obligación de informar, instruir y precisar a las partes que quieren intervenir en el programa, los derechos que les asisten, la naturaleza del

<sup>6</sup> Corte Constitucional.

proceso y las posibles consecuencias de su decisión. b) El sujeto pasivo, la víctima o el perjudicado debe conocer que le asiste el derecho a la reparación, a la verdad y a la justicia dentro del marco del respeto a su condición y a las garantías consagradas en los Artículos 11, 133, 134, 135, 136 y 137 del Código de Procedimiento Penal, entre las que se encuentran el derecho a la protección, a la información y a la asistencia legal gratuita, si esa es su voluntad. c) El indiciado, acusado o condenado debe recibir información sobre sus garantías fundamentales como participante en el programa: derecho a la asistencia de abogado; a la libre aceptación de su responsabilidad y de las consecuencias que esto comporta; a la búsqueda de mecanismos de reparación para sus víctimas, y al reintegro a la comunidad, en condiciones de respeto a la dignidad propia de la persona humana<sup>7</sup>. De otra parte, a los funcionarios judiciales (fiscal y juez) compete establecer que los intervenientes del programa (victima y victimario) lleguen a involucrarse al proceso restaurativo, confianza, libre voluntad y conciencia libre de cualquier modalidad de coacción, con pleno conocimiento de lo que significa la mediación o la conciliación al cual se acogen y sin que medie, en su determinación, las presiones indebidas, la fuerza o la inducción fraudulenta.

### 1.5 Regulación normativa del proceso de justicia restaurativa en la Ley 906<sup>8</sup>.

La justicia restaurativa es una forma alternativa de justicia que se presente a la justicia retributiva; mientras esta última esta

regulada normativamente en los códigos de procedimiento penal, la justicia restauradora sólo cuenta con algunas disposiciones que la definen, que establecen sus principios y establecen sus efectos legales. Esto es así pues esta forma de justicia en la solución del conflicto penal, recrea el problema penal que es complejo y en la solución que debe ser de la misma naturaleza: se debe recrear o crear la solución más conveniente para las partes afectadas con el delito.

Por lo tanto, esta forma de solución no puede sujetar a los rigores literales de las normas procesales, de ahí que en países como España a la justicia restaurativa se denomina justicia recreativa. Así en las disposiciones de la Ley 906 de 2004, este mecanismo de justicia restaurativa se rige por las siguientes reglamentaciones<sup>9</sup>: a) Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación. Es la primera regla o principio sin la cual no se puede entender una reconciliación. El consentimiento debe ser libre y voluntario que presupone la ausencia de cualquier vicio que afecte el conocimiento y la voluntad, como podría ser llevar al contrario a ese mecanismo mediante error, coacción, engaño, fuerza. La sujeción a un programa de justicia restaurativa no puede ser impuesta ni por el fiscal ni por la autoridad judicial, porque su aceptación no pertenece al campo de la obligatoriedad legal, no es requisito de juzgamiento, y su rechazo no constituye fundamento de condena ni reconocimiento de culpabilidad. De esto se deduce que la primera condición que la Ley exige para la participación en los procesos de justicia restaurativa, es que exista consentimiento libre y voluntario de

<sup>7</sup> Estas condiciones son necesarias para que los interesados puedan decidirse al ingreso a los programas de justicia restaurativa y que los funcionarios judiciales están en la obligación de garantizar, con el objeto de que el nuevo mecanismo implantado en la Ley 906 de 2004 tenga eficacia y responda a los propósitos de reconciliación.

<sup>8</sup> A partir del Artículo 518 de la Ley 906 de 2004 se encuentra regulada la figura de la justicia restaurativa en el sistema procesal penal colombiano.

<sup>9</sup> Artículo 519 del C.P.P. establece que los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en Ley 906 de 2004.

las partes de someter el conflicto a un proceso restaurativo.

Pero aún cuando inicialmente hayan dado ese asentimiento, posteriormente y sin mayores consideraciones las partes lo pueden retirar, sin que ello implique a los afectados por su conducta o decisión indicios en su contra. Sin embargo, esto no parece ser así, pues el Artículo 526<sup>10</sup> al regular los efectos de la mediación estableció: “*La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral*”<sup>11</sup>. Es necesario precisar que la decisión de las partes de acudir a la mediación, como mecanismo de justicia restaurativa no es lo que vincula a los intervenientes, es el acuerdo a que estos lleguen. Las partes en cualquier momento del proceso de mediación pueden retirar su consentimiento. La mediación o la conciliación no pueden mantenerse en contra de su voluntad de los participantes. De manera, que haciendo una interpretación doctrinaria del Artículo 526 del nuevo estatuto procesal, debe entenderse que lo que quiso el legislador decir en la frase: “La decisión de víctima y victimario de acudir...” no es la que obliga o compromete a las partes, sino lo que produce efectos es el acuerdo entre ellos. La simple decisión de mediar es solo un paso camino de llegar a los acuerdos mutuos de solución el conflicto originado con el delito. b) Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.

La justicia restaurativa pretende que tanto víctima como infractor, en reuniones o conversaciones, logren ese acercamiento, de manera

que cada uno de los intervenientes puede apreciar el conflictos desde el punto de vista del contrario y conocer sus necesidades y capacidades de asumir compromisos; por eso, como forma de reparación el legislador incluyó que en algunos casos es suficientes las disculpas y perdones sinceros. No es de recibo, que en este mecanismo de justicia, la víctima se aproveche que quien busca salir de un proceso penal o del cárcel si esta detenido, o que el infractor se beneficie de la necesidad de desamparo económico de la víctima para indemnizar con cualquier suma que no represente el daño causado.

La Corte Constitucional en varias sentencias sobre la exequibilidad de la Ley 906 de 2004, ha reiterado que el nuevo sistema de juzgamiento implantado en nuestro país se fundamenta, en los casos de reparación e imposición de castigos en los principios de la razonabilidad y la proporcionalidad. De esta manera, los mecanismos de la justicia restaurativa no podían quedar al margen del contexto general del sistema, y es así como se estableció que los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.

Los programas restaurativos deben, entonces, encuadrarse en lograr para los intervenientes beneficios evitando el posible abuso de uno en contra del otro, buscando lograr la reparación o la indemnización justa en cada caso. El análisis de este principio o regla lo deberá apreciar el juez de garantía al dar la aprobación del acuerdo con lo cual dará lugar a la terminación del proceso, y como efecto a la imposibilidad que la víctima inconforme pueda acudir a la jurisdicción ordinaria a reclamar daños y perjuicios por el delito que originó el conflicto social.

c) La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. El incumplimiento de un

<sup>10</sup> Artículo 526. Efectos de la mediación. La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

<sup>11</sup> Ibídem.

acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena. Es disposiciones buscan incentivar al infractor a la participación en los mecanismo de justicia restaurativa, con la garantía que sus manifestaciones de culpabilidad o responsabilidad manifestadas en su confección o aceptación de los hechos pueda, ante el fracaso del acuerdo, ser utilizados en su contra. En la aplicación de la mediación como mecanismo de justicia restaurativa, es necesario que el infractor tenga realmente vocación de arrepentimiento sincero, más que la de confesar, para luego incumplir los acuerdos, dejando al fiscal sin elementos de prueba para una posterior acusación, al no poder utilizar la información probatoria admitida o presentada en los acuerdos por el procesado, situación indebida que el fiscal y juez deben prever. Por expresa prohibición de los numerales 3º y 4º del Artículo 519<sup>12</sup> del Código de Procedimiento Penal, la aceptación de cargos por parte del infractor en los mecanismos de justicia restaurativa no pueden utilizarse como admisión de su culpabilidad en posteriores actuaciones jurídicas en el proceso por el delito del caso, como tampoco se puede utilizar como fundamento de una condena o para solicitar su agravación.

d) Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto. Los dos mecanismos de justicia restaurativa regulados en Código de Procedimiento Penal, la mediación y la conciliación, con la posibilidad en esta última de la intervención de un facilitador que busque entre las parte el acuerdo, pero, no prevé lo que se esta presentado en los despachos de Unidades de Atención Inmediata en la Fiscalías, en donde el fiscal se ha convertido en el conciliador. Sin

<sup>12</sup> Estas normas buscan proteger los programas de justicia restaurativa con el objeto de que no se constituyan en fuente de graves e indebidas consecuencias para quienes participan en ellos, como autores del delito.

embargo, como rezagos del sistema inquisitivo en la conciliación, el facilitador es el fiscal que es a su vez la parte acusadora, interesada en evitar a toda costa, en algunos casos, que el delito querellado surta los trámites de todo un proceso judicial para ir a juicio. Sin embargo, la intervención del fiscal como mediador, en estas, condiciones viene parcializada en contravía de los dispuesto en el numeral 5 del Art. 519 del C.P.P.<sup>13</sup>. El tercero neutral o el facilitador es propio en la mediación, y éste tendrá la obligación de actuar de una manera imparcial, sin favorecer a ninguna de las partes en conflicto y buscando que la víctima el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.

Ser mediador es una las actividades en el derecho penal que exige las mayores calificaciones morales y de conocimientos jurídicos, psicológicos, sociales etc., para lograr que en los delitos más graves para lo cual está prevista esta figura de justicia restaurativa, como en un homicidio, puede acercar las partes al diálogo y que este sea una buena experiencia y no una tercera victimización para la propia víctima, sus parientes cercanos o familiares. El mediador asume una posición intermedia entre ser los intereses del fiscal y el acusado. El facilitador al guiar el conflicto a la solución, debe actuar, según algunos autores, como un buen padre de familia, valorar las pruebas y conocer las intimidades de las partes en el hecho delictivo, para buscar al empatía y el buen entendimiento entre los afectados con el delito. La imparcialidad del mediador se valorar en su oportunidad por el fiscal y posteriormente por el juez de

<sup>13</sup> Al no existir en la Fiscalía General de Nación carrera administrativa para los funcionarios de la Fiscalía, estos son valorados, en algunos casos, por su producción de conciliación positivas o por el número de archivos de diligencias, esto con llevar que el fiscal como facilitar, situación que no esta prevista en C.P.P., terminen siendo interesados en presionar conciliaciones o proceder archivos de diligencias porque el denunciante no llevo a la hora señalada, sin que se permite al afectado oír sus reclamaciones.

garantías, pues, sus resultados pueden dar lugar a que el proceso termine sin sentencia o puede servir, en el caso de estar el procesado privado de su libertad provisionalmente o condenado, se le pueda dar o no la libertad o se le beneficie con uno de los subrogados penales que señale el Código Penal. Una de las aspectos de la justicia restaurativa es la búsqueda de la solución pacífica de los conflictos que se originan como consecuencia de la comisión de un delito, solución que se pretende a través de un mediador del que se exige transparencia, honestidad, rectitud y sabiduría para lograr la reconciliación y la tranquilidad de la comunidad; un fin es la reparación de los daños sufridos por la víctima, y el reintegro a la comunidad tanto de la víctima como del victimario.

e) La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado. Esta regla debe observarse desde el punto de vista del procesado como de la víctima del delito. Tratándose del acusado o condenado, es una reiteración del Artículo 29 de la Constitución Política, el derecho de defensa como un derecho fundamental frente a una acusación de carácter penal. Las actuaciones que el fiscal o juez realizan sin la presencia del procesado y su defensor son sancionadas con su inexistencia porque constituyen violación del debido proceso. Cuando se trata de acudir a algunos de los mecanismos de justicia restaurativa que resulta de beneficio o no para la situación del procesado, la intervención de su defensor es obligatoria su presencia.

En cuanto a la víctima<sup>14</sup>, es claro que en la Ley 906 de 2004, la víctima está capacitada para intervenir, bien que limitadamente, en el proceso, sea directamente o mediante su representante, abogado designado por la oficina de protección a las víctimas de la Fiscalía General

de la Nación, abogado de oficio, o estudiante de Consultorio Jurídico de Universidad debidamente reconocida por el Estado. Hay que recordar, como se indicó el capítulo anterior, que como esta redactado los derechos de la víctimas en C.P.P., el fiscal en la práctica se constituye en su defensor y con las nuevas orientaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional la víctima en considera como un sujeto procesal.

## CAPÍTULO II

### PROGRAMAS DE JUSTICIA REPARADORA EN EL DERECHO COMPARADO

#### 1. PRINCIPALES PROGRAMAS EN DERECHO COMPARADO

Ante el desconocimiento de los derechos de la víctima, la ciencia de la victimología empezó a preocuparse por su abandono en el proceso penal; por esta razón, los mecanismos de justicia restaurativa se enfocaron en la recuperación y atención al sujeto procesal más desfavorecido e ignorado hasta por el mismo Estado, quien sólo se preocupaba solamente de las garantías del delincuente. Pero, es preciso aclarar que si bien el enfoque inicial era la víctima en estas formas alternativas de solución fundamentadas en las maneras alternativas de solución del conflicto de características restauradoras, también se ocupan de los delincuentes a quien se le denomina infractor. Entre los programas más conocidos de justicia restaurativa en el derecho comparado tenemos:

##### 1.1 Mediación<sup>15</sup> entre los afectados con el delito

La mediación es un proceso que enfatiza su derecho a participar en el intento de hacer justicia, en lugar de delegar la cuestión totalmente

<sup>14</sup> Estas garantías de los derechos de las víctimas están contenidos en los Artículos 11 ordinal h) y 137 numerales 3º. y 5º. de la Ley 906, entre otros.

<sup>15</sup> La mediación como mecanismo de la justicia restaurativa será tratado en el capítulo tercero de este trabajo.

en los procesos penales estatales. Nuestra legislación la define como un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta<sup>16</sup>. El primer Programa de Reconciliación entre víctima y delincuente comenzó como un experimento en Canadá, donde un empleado de prisiones en la cárcel de jóvenes, solicitó al juez del caso la oportunidad de conceder la libertad condicional a dos menores condenados por vandalismo a cambio que se reunieran con las víctimas de los daños causados y que buscaran la manera de restituir o indemnizar a los afectados con sus conductas ilícitas. La experiencia tuvo éxito y fue implementada esta forma de dar la libertad a cambio de los encuentros útiles entre los afectados con el delito. En ocasiones, para las víctimas de los daños fue suficiente el arrepentimiento sincero de los jóvenes para superar la reparación del daño y para darse la reconciliación entre las partes; en otra oportunidad los menores se comprometían a realizar trabajos en bien de la comunidad o de la víctima. En principio, la mediación entre víctima y delincuente no era estimada como propio de un procedimiento penal, sino como una manera de facilitarle al menor la recuperación de libertad a cambio de un compromiso de buen comportamiento, con el auge del programa no reconocido por los Estados como mecanismo propio en tratamiento penitenciario aplicado solo a los condenados y se les denominó

justicia reparadora; al programa se le denominó “Reconciliación entre Víctima y Delincuente” e involucraba una serie de reuniones entre los principales afectados.

Posteriormente, se estimó necesario contar con la ayuda de un intermediario o facilitador para estudiar los casos más graves de delincuencia con el fin de hacer justicia reparadora. El mediador correspondía un pastor cristiano que lograba que los afectados expresaran sus sentimientos y percepciones respecto al delito. Luego, los encuentros se enfocaban a llegar a un acuerdo sobre los pasos que daría el delincuente a fin de reparar el daño sufrido por la víctima, o la manera que se le podía indemnizar la perjuicio causado, pero no siempre mirando la reparación como un problema económico sino buscando la reconciliación y la comprensión entre las partes, para que la conducta ilícita no se repitiera, si esa era la voluntad de la víctima.

La participación de las partes es voluntaria, máxime cuando en algunas ocasiones para realizar las reuniones el afectado tenía que asistir al centro de reclusión del delincuente. En general, el victimario participaba por la conveniencia de lograr la libertad. En esta mediación el facilitador en materia penal no impone un resultado específico<sup>17</sup>, y en lugar de eso, el rol del mediador consiste en facilitar la interacción entre víctima y delincuente, durante la cual cada uno asume un rol proactivo para alcanzar un resultado que sea percibido como justo por ambos. A diferencia del sistema de justicia penal de carácter retributivo, los programas involucran la participación activa por parte de la víctima y el delincuente, dándoles la oportunidad de transformar el perjuicio causado a la

<sup>16</sup> Artículo 523. Concepto. De la Ley 906 de 2004: “*Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta*”.

<sup>17</sup> En nuestra legislación quedó claro que el mediador no impone su decisión. Lo que obliga a las partes es el acuerdo en ellos. El Artículo 256 del C.P.P. expresa: “*Efectos de la mediación. La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral*”.

victima en un proceso que promueve el diálogo entre ambas partes: víctima y victimario.

Un proceso básico de tratamiento del caso en Norteamérica y Europa<sup>18</sup> consta de cuatro fases: traspaso y aceptación del caso, preparación para la mediación, la mediación en sí, y el seguimiento que sea necesario realizar. En la práctica y en aplicación de este programa, el intermediario acerca a víctima y delincuente a fin de asegurarse de que la mediación sea apropiada para ambos. Ambas partes presentan su versión de los eventos que condujeron al delito y las circunstancias que lo rodearon. La víctima tiene la posibilidad de hablar acerca de las dimensiones personales de la victimización y pérdida, en tanto que el delincuente tiene la posibilidad de expresar su remordimiento y explicar las circunstancias que rodearon a su comportamiento. En particular, el mediador intenta asegurarse de que ambos sean psicológicamente capaces de hacer de la mediación una experiencia constructiva, de que la víctima no se vea aun más perjudicada por el hecho de reunirse con el delincuente, y de que ambos comprendan que su participación es voluntaria<sup>19</sup>.

Es propio que en los encuentros los afectados identifiquen la injusticia y la manera de comprender o recomponer la situación dejada por el delito, y establecer la fecha del cumplimiento

de los compromisos de pago o actividades a cargo del infractor con miras de reparar el daño causado. Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal, la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia<sup>20</sup>.

## 1.2 Reuniones de reparación e indemnización

El programa tuvo su origen en la Ley sobre Niños, Jóvenes y Sus Familias en Nueva Zelanda<sup>21</sup>. La Ley estableció un nuevo modo de tratar a los menores delincuentes, en procesarlos penalmente ante los diferentes tribunales con la participación de la policía. La Ley otorgó el mayor poder de toma de decisiones a la familia del joven delincuente, a fin de que ésta decidiera, con el aporte de la víctima y otros grupos de apoyo de la comunidad, la sanción apropiada para el joven infractor<sup>22</sup>. Los programas de Reuniones de reparación o de restauración son semejantes a los programas de mediación, con la diferencia que en este programa incluyen la participación de las familias,

<sup>18</sup> Zehr, H., et al. *Restorative Justice Signposts. Corrections Today*. Laurel. Dec. Vol. 59, Iss. 7. 1997. p. 69. En: VINCENTI, Francesco. La Reconciliación Sostenible: El Mayor Reto De La Paz. Ambar. Bogotá. 2001.

<sup>19</sup> Segovia, José. "Justicia y exclusión social: Perspectivas desde las víctimas". En: *Revista Nómadas*. ISSN. 1578-6730. 2003. Disponible en: <http://www.ucm.es/info/eurotheo/nomadas/5/jlsegovia.htm>. Sampedro, Julio Andrés. "¿Quiénes son las víctimas del delito? Redefinición del concepto desde la victimología". En: *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Universidad Externado de Vol. XXI, número 67, Sep/Dic. 09. Bogotá. Restrepo, Juan. "La espada desenvainada". En: *Diario El Colombiano*. Medellín. 31 de Julio de 2003.

<sup>20</sup> Artículo 526 de la Ley 906 de 2004. Efectos de la mediación. Estudios han concluido que estos programas presentan elevados índices de satisfacción de clientes, de participación de víctimas y de cumplimiento de la restitución, y dan como resultado una reducción en el miedo entre las víctimas y en la conducta delictiva de los delincuentes.

<sup>21</sup> MOLINA, A. *La Desaparición Forzada de Personas en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/molina.html>. MOKHIBER, Russell, et al. *Justicia Paleativa*. Disponible en: <http://www.lainsignia.org>. MESSUTI, Ana. *El tiempo como pena y otros escritos*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Criminología y Victimología 2. Bogotá. 1998.

<sup>22</sup> Van Ness, Daniel W. "An overview of restorative justice around the world". En *Workshop 2: Enhancing Criminal Justice Reform, Including Restorative Justice*. United Nations. 11th Congress on Crime Prevention and Criminal Justice. Bangkok. 2005. Disponible en: <http://www.pfcrj.org/programs/un/11thcongress/danspaper>

grupos comunitarios de apoyo, policía, asistentes sociales y abogados, además de la víctima y el delincuente<sup>23</sup>.

Los programas de Reuniones de restauración tiene un efecto psicológico frente al menor delincuente, al hacerlo responsable de su actos de agresión contra sus semejantes. Envuelven en estos grupos a los parientes del menor, a la policía, a la comunidad, entre otros, con el propósito de hacer ver al joven infractor que muchas personas se preocupan por su conducta, por los actos que realiza, con el fin de él/ ella, y para incitar en el menor un sentido de responsabilidad respecto a los demás, su compañeros, su seres queridos y la sociedad. Para este programa es importante el reconocimiento del valor constructivo de la “vergüenza reintegrativa”<sup>24</sup>, por medio de la cual la comunidad denuncia la conducta del delincuente como inaceptable, pero afirma su compromiso hacia éste y expresa su activo deseo de reintegrarlo nuevamente a la sociedad. En estas experiencias lo mas difícil para el menor, más que soportar el castigo de su actos ilícitos, es enfrentarse a la víctima, pedir perdón y reconocer que ha causado un mal a un ser humano que merece respeto y consideración. El programa a través de los miembros del grupo consigue que el joven de ese paso para lograr el cambio de su conducta hacia una positiva y útil para la sociedad. Las Reuniones de restauración se utilizan sólo en aquellos casos en que el delincuente admite culpa. No se las emplea a fin de determinar la culpabilidad, y

el delincuente puede decidir detener el proceso en cualquier momento, y pasar a los tribunales para que su culpabilidad o inocencia sean determinadas de modo tradicional. Al programa se acude en forma voluntaria y el consenso del grupo se logra para determinar la sanción o castigo al menor respetando sus valores y demás consideraciones personales.

El C.P.P., al respecto establece que los procesos de justicia restaurativa se regirán, entre otras reglas, por el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación<sup>25</sup>. El proceso de Reuniones de restauración o charlas tendientes a la reparación implica tres momentos: preparación, encuentro y monitoreo posterior al mismo<sup>26</sup>. Durante la preparación, un facilitador se informa del caso con detalles de la vida del menor infractor, y con asesoría de un abogado en temas, penales se complementa la información tendiente a direccionar la solución del problema.

En el encuentro, el infractor va a contar su propia historia de vida y da una versión de los hechos ocurridos, y luego la víctima procede con su relato. En esta reunión de acercamiento entre los afectados pueden expresar sus sentimientos respecto de las circunstancias que se presentaron en el hecho ilícito. A continuación, uno puede hacer preguntas al otro, que son seguidas por preguntas realizadas por las

<sup>23</sup> LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Victimología*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1990. p. 57

<sup>24</sup> Vergüenza reintegrativa a diferencia de la vergüenza desintegrativa o estigmatización. Vease. TIFFER, Carlos. *La Diversificación Penal Juvenil*. Disponible en: [http://www.alianzaprojusticia.org.pa/ponentia\\_carlos4.htm](http://www.alianzaprojusticia.org.pa/ponentia_carlos4.htm). *Transformación de los Estados Unidos en Potencia Industrial*. Disponible en: <http://www.micromegas.com.mx/apuntes/documents>. TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS. Proceso a la Impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad. Bogotá. 1989.

<sup>25</sup> Artículo 519 del C.P.P. Reglas Generales.

<sup>26</sup> Jayme, Cristina. “Constructive and Destructive Post-conflict Forgiveness”. *Peace Review*. Vol. 12, No. 1, 2000. p. 96. En: VESGA, Natalia. *(Con)Vivir Con El Enemigo: Caminos Hacia La Reconciliación*. Grupo de Trabajo sobre el Post Conflicto. Fundación Ideas para la Paz – Universidad de los Andes. Bogotá. 2003. Reconciliación Luego de Conflictos Armados. Disponible en: [http://www.idea.int/conflict/reconciliation/policy\\_summary\\_esp.pdf](http://www.idea.int/conflict/reconciliation/policy_summary_esp.pdf)

respectivas familias. Como consecuencia, de esta interacción entre el victimario y víctima o su familia van determinando como puede ser la reparación y cuales serían sus alcances.

Las negociaciones continúan en el grupo hasta generar un consenso; el acuerdo se recoge en un acta con todos los detalles de la forma de reparación. En la fase posterior a la entrevista, el mediador verificará el cumplimiento del acuerdo evitando que la víctima sea nuevamente revictimizada<sup>27</sup>. Al aceptar un compromiso de cumplimiento de reparación del delincuente hay que verificar que se pueda cumplir; por eso, el facilitador tendrá que observar la seriedad de las obligaciones a que se comprometer el victimario sean sujetas a la realidad de la situación.

### 1.3 Círculos de sentencias

Los Círculos tuvieron su origen en la comunidades indígena de los Estados Unidos, donde se utilizaba sin este nombre para resolver o tratar diferentes asuntos, entre ellos cuando se presentaban dificultades en la comunidad por la comisión de un comportamiento de un de sus miembro en contra de sus reglas de convivencia que ofendía a otros integrantes de la tribu<sup>28</sup>. Una de las aplicaciones es el Círculo Holístico de Sanación de la Comunidad de las Primeras Naciones de Hollow Water, que fue utilizado para controlar y ayudar a la comunidad con los problemas originados con el alcoholismo. Por su desarrollo y éxito se fue implementado

para solucionar los casos de daños originados en comisión de un delito, buscando sanar física y espiritualmente tanto al delincuente como a la víctima y recuperar esas personas para la comunidad. Como en los procesos de mediación y los programas de restauración, los círculos de sentencia ofrecen un espacio de encuentro entre víctima y delincuente, pero van más allá de eso, involucrando a la comunidad en el proceso de toma de decisiones. En el círculo participan desde la víctima y su familia, hasta el delincuente y su familia, y los representantes de la comunidad tienen derecho a expresarse durante el proceso, incluyendo a cualquier persona que tenga un interés de participar positivamente en la solución del conflicto, como puede ser un funcionario del Estado. En la práctica y para lograr el orden y respeto en el uso de la palabra, los participantes se expresan a medida que se pasa alrededor del círculo un objeto que concede la palabra a quien lo tiene en sus manos.

Primordialmente, el programa se encuentra diseñado para conseguir la empatía tanto en la víctima como en el delincuente, y lograr la sanación y entendimiento entre los participantes. El hecho de facultar a la comunidad, que se involucra en la decisión de qué debe hacerse en ese caso en particular, abordando también los problemas subyacentes que pueden haber conducido al delito, refuerza la sanación como meta. A fin de lograr esto, el proceso del círculo se desarrolla a partir de los siguientes valores: el respeto, la honestidad, el escuchar, la verdad y el compartir, entre otros<sup>29</sup>. La participación en el círculo de sentencia es mediante un consentimiento libre y voluntario de la víctima y del infractor de someter el conflicto a ese programa. El delincuente asume

<sup>27</sup> Los programas de Reuniones de restauración muestran resultados prometedores en el sistema de justicia de menores, con índices de satisfacción de las víctimas de alrededor del 90%, acuerdos de restitución alcanzados en el 95% de los casos, y un 90% de cumplimiento de la restitución sin seguimiento policial.

<sup>28</sup> Su adaptación para su uso en el sistema de justicia penal se desarrolló durante los ochenta, dado que los pueblos de las Primeras Naciones de Yukón y funcionarios judiciales locales intentaron desarrollar mayores vínculos entre la comunidad y el sistema de justicia formal.

<sup>29</sup> BERISTAIN-IPÍÑA, Antonio. *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito*. Leyer. Bogotá. 1998. *Criminología, Victimología y Cárcel*. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Profesores 22, Bogotá. 1996.

su responsabilidad en el caso y accede a ser enviado al círculo.

Cada círculo cuenta con un guía o facilitador, que dirige el movimiento del objeto que se usa para determinar quién tendrá la palabra. Sólo la persona que tiene el objeto está autorizada a hablar, asegurando así que cada persona tenga la oportunidad de ser escuchada. A medida que el objeto pasa por el círculo, el grupo debate diferentes temas. Al hablar acerca del delito, los participantes expresan cómo se sienten al respecto. El delincuente expresa, además, por qué cometió el delito. El círculo ofrece a la víctima y los miembros de la comunidad que participan la posibilidad de explicar el impacto que el delito tuvo económica, física y emocionalmente. A través de este proceso, los participantes son capaces de desarrollar una estrategia para abordar el delito<sup>30</sup>. Cuando se proyecta la realización del un círculo de sentencia para tratar un caso, al delincuente y víctima por preparados se les informa acerca de lo que ocurrirá en el círculo, escuchando las experiencias que tanto víctima como delincuente han tenido y se les informa quienes participarán en el círculo.

#### 1.4 Asistencia a la víctima

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

<sup>30</sup> Si bien los círculos varían de un lugar a otro y de acuerdo a la adaptación que se haga a la cultura del mismo, involucran un complejo proceso que consta de múltiples etapas.

de contención abordan las crisis personales que pueden surgir como consecuencia de la victimización. Los programas de asistencia a la víctima o perjudicado con el delito, están orientados a satisfacer las necesidades físicas y psicológicas de la víctima, a la atención oportuna de los servicios médicos y sanitarios, a brindar representación legal a las víctimas del delito, a otorgar a las víctimas la posibilidad de tener una buena reintegración en la sociedad y sobre todo evitar la segunda o tercera victimización al ser abandonados y marginadas por la sociedad<sup>31</sup>.

Los doctrinantes estiman que al examinar los derechos de las víctimas reconocen un conflicto de intereses que, según afirman, surge cuando el fiscal afirma representar tanto al Estado como a la víctima<sup>32</sup>. Por ejemplo, el Estado puede ofrecer una negociación al delincuente que sea inaceptable para la víctima, pero la víctima no posee injerencia alguna en la decisión. Es más, el delincuente puede ser castigado en modos que satisfacen la necesidad de retribución del Estado, sin realizar reparación alguna a la víctima<sup>33</sup>. Esta situación la prevé el nuevo sistema acusatorio y establece que en todas las situaciones de aplicación del principio de oportunidad, negociación o aceptación de cargo debe considerarse la opinión de la víctima. En caso de desacuerdo, la víctima o su representante se pueden oponer interponiendo los recursos del caso.

<sup>31</sup> FATTAH, Ezzat. *An international approach: what is restorative justice?* Citado por Wright, Martin en Seminar in honour of † Gunnar Marnell (27.2.1913 – 16.4.2002), 'Mediation and restorative justice', Estocolmo, 18 de abril de 2002. Disponible en: <http://www.restorativejustice.org/resources/docs/wright2/download>.

<sup>32</sup> Ver. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología. Estudio de la Víctima*. Porrua. México. 1989. p. 320

<sup>33</sup> GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Tratado de Criminología*. Tirant lo Banch. Valencia. 1999. p. 348.

Así, el Artículo 11<sup>34</sup> del nuevo C.P.P. establece como principio esencial que rige el procedimiento penal sobre los derechos de las víctimas, que el Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia y en consecuencia las víctimas tendrán derecho: a que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto, como cuando se procede a la aplicación del principio de oportunidad en los dieciséis criterios que se regulan en Código; o cuando se procede a una negociación para terminar anticipadamente el proceso; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar y a ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos. De esta manera en nuestra legislación las víctimas puedan tener acceso a la información en todas las etapas del proceso, a recibir una reparación por parte del delincuente por los daños causados y lograr el impulso del proceso para evitar la impunidad respecto de delitos del cual han sido afectadas.

### 1.5 Asistencia al delincuente

El delito como acto reprochable destruye vínculos y relaciones en la comunidad. Generalmente las lesiones, agresiones o ataques a la integridad suceden entre los miembros

conocidos en una comunidad; esto hace que los lazos existentes en las relaciones se rompan, y se crea la discordia y el sentimiento de venganza entre los afectados, generando un cadena de retaliaciones, echando a bajo toda posibilidad de buena convivencia pacífica<sup>35</sup>. El delincuente es visto y etiquetado por la comunidad como un desadaptado de la sociedad, como un sujeto peligroso, sin oportunidades en esa comunidad; se tiene que, la mejor forma de evitar esto es encerrarlo aplicándole penas largas alejado de su familia y sin ninguna posibilidad resocializarse.

Los programas de asistencia al delincuente, consideran al delincuente una víctima del sistema, de la desgracia, de la marginación, de la falta de educación, unido al hecho que generalmente es una persona con dificultades económicas; por ello, la justicia restaurativa fundamentada en orientaciones cristianas lo ve como una persona con dignidad que merece rescatarlo primero, como un prosélito primero para Dios, y segundo, para la sociedad y su entorno donde de regresar para bien de la comunidad a donde pertenece. En concordancia con los propósitos subyacentes de la justicia restaurativa, los programas de asistencia al preso apuntan a desarrollar en éste capacidades que les permitan funcionar en una comunidad legítima.

Los programas de asistencia al prisionero le ofrecen a éste la oportunidad de hacer la transición de la vida institucionalizada a la existencia como miembro de una comunidad, pasando de ser un delincuente estigmatizado sin capital social a un individuo recuperado con aptitudes útiles<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Artículo 11. “Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho: f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto; g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar; j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos”.

<sup>35</sup> Ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et al. *Victimología: Presente y futuro*. Temis. Bogotá. 1993. p. 156.

<sup>36</sup> Dos ejemplos de programas de asistencia al prisionero son: el proyecto de Alternativas a la Violencia y Transición de Prisioneros de Detroit.

### CAPITULO III

#### IMPLEMENTACIÓN DE LOS MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

En los países en Latinoamérica, en general con grandes dificultades económicas en un marco de desigualdades sociales, los sistema penales resulta de una tendencia marcadamente represiva. La prevención del delito se fundamenta en crear nuevos delitos, en aumentar las pena y mantener un sistema procesal de tendencia inquisitiva, como en Colombia hasta el año 2005, para facilitar la investigación y las condenas rápidas sin mayores oportunidades para la defensa, acompañado con una política criminal, que ve la solución del conflicto penal con el solo encarcelamiento de los delincuentes.

Estos sistema han conllevado una gran congestión en la administración de justicia penal, lo que trae para los ciudadanos una inconformidad, por la impunidad que genera y el desamparo en que se deja a la víctima del delito, unido la hecho que “la tasa de delincuencia en toda América Latina aumentó al doble en los años 80 y se triplicó en los 90 y para los años 2000 sigue en un imparable aumento”<sup>37</sup>. En los inicios de los años noventa, América Latina comenzó a experimentar con reformas penales y la modernización en el sistema penitenciario. La iniciativa para estos cambios provino de los gobiernos y de la sociedad civil. Hubo tres influencias importantes: organismos internacionales de desarrollo, el movimiento ADR (Resolución Alternativa de Conflictos, RAC) y la creciente reafirmación de los derechos de las víctimas, fundamentados en la nueva ciencia: la victimología.

<sup>37</sup> El hecho de este aumento, que consistía en delitos violentos, hizo que la prensa sensacionalista complicara asuntos aumentando los sentimientos de inseguridad y alimentando la necesidad de políticas más duras para combatir los delitos aumentando las penas para todos los delitos.

En cuanto a los organismos internacionales de desarrollo (El Banco Interamericano de Desarrollo), se comenzó a identificar los delitos y la buena administración como puntos centrales importantes del desarrollo sustentable. Muchos países realizaron estudios para identificar problemas y sus posibles soluciones, gracias a la asistencia técnica y financiera proveniente del exterior. Estos cambios incluyeron separar las funciones inquisitivas por las condenatorias y crear un sistema oral que reemplazara el lento y burocrático proceso escrito. Las opciones al actual proceso penal están radicadas a estos cambios estructurales gubernamentales. Éstos incluyen acuerdos de reparación, conciliación y mediación penal.

Un segundo comienzo importante para el cambio en la alternatividad penal fue el movimiento ADR (Resolución Alternativa de Conflictos). La RAC se utiliza en muchos países para la solución del conflicto penal donde se encuentran comprometida la responsabilidad penal de los jóvenes delincuentes. Gran parte de este impulso para la adopción de la RAC, provino de las organizaciones internacionales de desarrollo y de la Organización de los Estados Americanos (OEA). La RAC fue el tema principal en las primeras tres reuniones de los Ministros de Justicia (también de los Ministros del Interior) de la OEA. Estas reuniones destacaron los beneficios de la RAC y recogieron apoyo para experimentar con estas prácticas<sup>38</sup>.

El tercer impulso para los Estados fueron los avances en el redescubrimiento de los derechos

<sup>38</sup> A comienzos de los años 90 el gobierno argentino desarrolló un plan de mediación nacional que se concentraba en problemas civiles y comerciales. Chile siguió su ejemplo con su propio proyecto piloto en RAC. La Ley No. 19.334 en 1994, insertó la conciliación de disputas en el Código de Procedimiento Civil. La Ley 19.325 en 1994, previó la mediación o conciliación en violencia familiar. Este experimento con mediación y arbitraje preparó el terreno para la inclusión de procesos de acercamiento en el área de la justicia penal.

de las víctimas en el proceso penal. La victimología como ciencia proponía programas de reparación para las víctimas y testigos, derechos de los perjudicados frente al Estado para participar en el proceso y de ser indemnizadas por los victimarios o por la propia administración. Se proponen mecanismos como la mediación entre víctima y agresor, el creciente reconocimiento de las necesidades y derechos de las víctimas de un delito. El derecho de las víctimas a recibir una compensación y las otras formas de asistencia se están incluyendo en los códigos penales en toda América Latina. En Colombia con la reforma del Artículo 250 del Constitución Política se creó el sistema procesal de tendencia acusatoria, y se constitucionalizaron los derechos de las víctimas. El nuevo sistema procesal, por ejemplo en su Artículo 99, sobre medidas patrimoniales a favor de las víctimas estableció que el fiscal, a solicitud del interesado, podrá: ordenar la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados; autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito y reconocer las ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas.

En una comparación de las iniciativas de introducción de los mecanismos alternativos a la solución del conflicto penal proclives a una justicia restaurativa en América Latina, hacemos alusión a la legislación en los países de: Argentina, Chile, Brasil y Costa Rica.

**1. Argentina.** Las propuestas para la reforma penal en Argentina se iniciaron en 1992; el movimiento RAC comenzó a influenciar los proyectos pilotos en que la mediación que era introducida para ser aplicada en asuntos de derecho civil. En 1995, la Ley 24.573 extendió la mediación a los conflictos que tenían que ver con cuestiones de orden patrimonial. Los casos criminales no se incluyeron en los proyectos

pilotos en las primeras leyes. Sin embargo, este trabajo preliminar, combinado a una mayor conciencia de las necesidades de las víctimas y los efectos perjudiciales del encarcelamiento, condujo a proyectos pilotos en mediación penal en la provincia de Buenos Aires<sup>39</sup>. El Ministerio Nacional de Justicia y la Escuela de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en 1998, se unieron en conjunto para emprender un proyecto piloto de mediación penal en la en la provincia de Buenos Aires, conocido como proyecto RAC (Resolución Alternativa de Conflictos); este proyecto utilizó como punto de referencia las experiencias de Canadá, Estados Unidos, Alemania, Austria, Francia, España y el Reino Unido para explorar tanto los problemas prácticos como teóricos de utilizar medidas alternativas en asuntos criminales. La propuesta estaba encaminada a que, tanto la víctima como el agresor, puedan solicitar la mediación en un asunto penal.

Una vez presenta una querella, el primer paso es contactar a las partes involucradas y solicitar el consentimiento para participar del proceso. Desde allí, los facilitadores se reúnen por separado con la víctima y el agresor para discutir los siguientes puntos: ¿Cuáles son las leyes que cada parte desea discutir? ¿Qué espera la persona del proceso? y ¿Cómo cree la persona que la otra parte reaccionará con su historia? A partir de estas audiencias preparatorias, los mediadores evalúan la complejidad del conflicto y la relación entre los participantes. Esta información se utiliza para decidir cuál de los tres procesos de acercamiento disponibles ofrece mayor equidad a las partes involucradas. En el proceso el mediador es una parte neutral, facilita un espacio abierto para la comunicación entre la víctima y el agresor. El proceso consiste en cuatro audiencias, incluyendo dos audiencias preparatorias. Los casos remitidos

<sup>39</sup> ÁLVAREZ, Gustavo. Fundación de Investigaciones Económicas Latino Americanas. 1996. p. 17. 1999. p. 15.

a mediación se caracterizan por un bajo nivel de conflictividad, una predisposición de las partes para comunicarse y una posibilidad de un acuerdo económico para la víctima. El segundo método, conciliación, entrega al mediador más autoridad para exponer aspectos del conflicto y para sugerir posibles métodos para la resolución. Este proceso se utiliza cuando<sup>40</sup>: existe una evidente desigualdad social, existe un clima adverso para la comunicación, existen muchas interpretaciones del conflicto y hay más de una persona involucrada en cada parte.

Otro mecanismo alternativo es la conferencia de conciliación con moderador<sup>41</sup> (CCM). La CCM se utiliza cuando la víctima y el agresor no están de acuerdo en los hechos del caso. Aunque sirve como herramienta para develar la verdad, la CCM no se utiliza para determinar culpabilidad. Las partes presentan el caso a un panel de tres asesores. Uno de ellos está afiliado al proyecto RAC y posee un amplio conocimiento del sistema legal. Los otros son miembros leales de la comunidad sugeridos por los participantes. En las series de audiencias, a cada parte se le permite presentar testigos y evidencia para apoyar su propio recuento de hechos. Los miembros del panel están autorizados a interrogar a los testigos con el fin de buscar la verdad. Cuando ambas partes están convencidos de que toda la historia ha sido contada, los miembros del panel se retiran para discutir la evidencia. En las audiencias individuales con la víctima y el agresor, los miembros del panel discuten los méritos del caso de los individuos basados en la fortaleza que tendría el caso en un sistema

jurídico formal. Luego de estas audiencias, las dos partes deciden si continúan con el sistema alternativo o se regresan al sistema formal.

De esta forma, la CCM se ve como un paso intermedio entre los sistemas alternativos y los formales. El proyecto de mediación penal creó dos centros dentro del sistema legal, el Centro de Asistencia a la víctima y el Centro de Mediación Penal. El propósito del Centro de Asistencia a la Víctima<sup>42</sup> es el de ver por las necesidades psicológicas, físicas y sociales de las víctimas. El Centro de mediación Penal continúa el trabajo de mediar los acercamientos entre las víctimas y los agresores. El Centro trabaja con delitos que van desde hurto hasta violación. Los dos Centros comparten servicios de trabajadores sociales, psicólogos y un médico.

**2. Brasil.** En el Brasil son diferentes las entidades que buscan integrar la legislación sobre justicia restaurativa en la práctica legal mediante: la creación de un sistema centrado en la víctima que busque reparar el daño y construir una relación; la apertura del sistema legal y otros sistemas organizacionales para tornarse más transparente y democrático; la entrega de un nuevo enfoque para solucionar problemas, disputas y delitos y la creación de un espacio, donde involucrarse en el proceso construye una comunidad y enseña justicia mediante la promoción de la paz y la tolerancia. Este proyecto tendrá como escenarios los colegios, el sistema judicial, las cárceles y comunidades. Cámaras restaurativas es el mecanismo incorporado en el sistema para la resolución de conflictos y problemas disciplinarios y para la creación de un sentido de seguridad y orden en los colegios.

<sup>40</sup> SILVA, E. Sj. *El deber de la justicia y las posibilidades del perdón. Honrar la justicia de Chile*. 2003. Disponible en: <http://www.mensaje.cl/2003/septiembre/seis.htm>. SOTO NIETO, Francisco. *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo*. Montecorvo. Madrid. 1982.

<sup>41</sup> PRIETO, Ana. *Modelo de Justicia Restaurativa*. 2002. Disponible en: <http://www.lasemanajuridica.cl>.

<sup>42</sup> Esta introducción de la mediación penal, así como también otros tipos de resoluciones de conflicto se han llevado a cabo en conjunto con la ONG Fundación Libra.

El proyecto Jundiaí<sup>43</sup> se formó a partir del reconocimiento de que los colegios con ambientes de temor a la violencia y desórdenes producto de delitos tienen un fuerte impacto negativo en la calidad del aprendizaje. En el primer año de planificación, el equipo de investigadores identificó factores claves para mejorar esta situación. Éstos incluyeron: tratar la victimización, crear normas y métodos disciplinarios más transparentes y coherentes, aumentar la participación de las familias y aumentar la participación de la comunidad. Se seleccionó a 26 colegios que albergan a 40 mil estudiantes para participar en el programa.

En marzo del 2000, el equipo de investigadores se reunió con los profesores y los administradores de los colegios que serían parte del equipo de ejecución del proyecto. Mediante entrevistas con varios docentes y estudiantes, llegaron al análisis del actual sistema utilizado en los colegios. Con este antecedente, el equipo de ejecución fabricó una línea de tiempo para completar las fases del programa. Esto incluyó cambiar las reglas, establecer las cámaras restaurativas y entregar capacitación en materia de justicia restaurativa y conferencia. Las conferencias entregan un lugar seguro para albergar a cualquiera que haya sido víctima de un delito o un comportamiento negativo para analizar los puntos conflictivos para ver y resolver el problema en forma pacífica. En este encuentro participan los miembros de la comunidad. El proyecto Jundiaí reconoció a la comunidad como parte responsable en la ayuda prestada en este proceso de reparación del daño, en disminuir las futuras consecuencias negativas del comportamiento y restablecer la sana interrelación. Esta inclusión a la conferencia otorga una oportunidad de establecer un nuevo sentido de comunidad, responsabilidad y sentimientos de

pertenencia entre los estudiantes, sus familias y los miembros de la comunidad. Todos estos factores trabajaron en conjunto para entregar a los estudiantes, y del mismo modo a los adultos, una oportunidad de aprender a cómo trabajar juntos como comunidad.

Mientras el proyecto Jundiaí pretende llevar los principios de justicia restaurativa a los colegios, el sistema de justicia adolescente en Porto Allegre (al sur de Brasil) también está experimentando con conferencia<sup>44</sup>. La Ley para niños y adolescentes de 1990 creó un espacio para el uso de las medidas alternativas para la resolución de casos criminales. Aunque no trataba específicamente con procesos de justicia restaurativa, la ley permite al juez oír el caso para suspender el proceso legal cuando de trata de agresores jóvenes primerizos de delitos menos graves. En 1995, la Ley Federal Brasileña también formalizó la mediación y conciliación penal. La Ley de Tribunales Especiales en lo Criminal y en lo Civil crea tribunales especiales para la conciliación en delitos con un máximo de penalidad de un año de presidio. El proceso permite un mayor acceso al sistema judicial, la naturaleza oral entrega transparencia e inclusión y la alternativa de conciliación permite a la víctima y al agresor presentar sus propios conflictos.

En el año 2000, el deseo de transparencia en la administración de la justicia y de mejorar la participación de la comunidad condujo el proyecto de Justicia Comunitaria en el Distrito Federal de Brasilia. Mientras se centraba en las querellas civiles, el proyecto buscaba informar a las personas de sus derechos y opciones, presentar los procesos de conciliación y mediación como medio de solución de disputas y capacitar a los

<sup>43</sup> MOLINA, Ana. *La Desaparición Forzada de Personas en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/molina.html>. MOKHIBER, Russell, et al. *Justicia Paleativa*. Ob. Cit.

<sup>44</sup> El Artículo 127 estipula el uso de sanciones tales como reparación, servicio comunitario o asistencia escolar específica. En este contexto, el sistema legal de jóvenes de Porto Allegre está realizando un plan piloto del uso de las Cámaras restaurativas.

miembros de la comunidad en el uso de estos procesos. Las metas deben ser: sensibles de las costumbres y prácticas locales en la solución de conflictos y crear un clima de participación y afiliación comunitaria; permitir a las personas resolver sus propios conflictos sin que deban ser remitidos a los tribunales y comprender la justicia como un medio de promover la paz, y de este modo guiar a las personas a la solución de conflictos en forma pacífica.

Otra forma de aplicación de la justicia restaurativa en el Brasil es la creación de un sistema único de manejo carcelario desarrollado por la Asociación de Protección y Asistencia al Recluso<sup>45</sup> (APAR). Este sistema, conocido como metodología APAR, trasforma la típica relación gobierno comunidad mediante la incorporación de miembros de la comunidad en la administración de la cárcel y el trabajo con los delincuentes. Esta incorporación echa abajo las barreras entre victimarios y la comunidad, que por lo general se da por el encarcelamiento y entrega la base para la reintegración del agresor a la sociedad. Esta realidad ayuda a crear un ambiente comunitario afianzado entre los presos y los voluntarios que promueven cambios espirituales, de comportamiento y de estilo de vida. Los principios subyacentes de la metodología son altamente reparatorios y reintegrativos en el trabajo con los agresores.

En la metodología APAR se pretende buscar un fundamento cristiano basado en los siguientes elementos: un amor incondicional que se evidencia en la atmósfera de la cárcel. Esta se basa en el amor de Dios, un amor que se

sacrifica por cada individuo; la valorización del ser humano ayuda a la persona a darse cuenta por completo de su dignidad humana innata y poder para desarrollar todas sus capacidades; la evangelización incluye cuidar de las necesidades físicas y otras necesidades tales como el cuidado médico, asistencia legal, servicio social y asesoría laboral al igual que compartir el Evangelio; la transformación espiritual le entrega al participante la oportunidad de hacer el viaje desde la crisis espiritual hacia la renovación, y la reintegración y reparación trata la necesidad de reparar y fortalecer las relaciones familiares, e integrar a los presos en forma positiva en la sociedad con la ayuda de padrinos, mentores y otros voluntarios. La reparación de APAR está limitada por este enfoque centralizado en los presos. El trabajo está comenzando a tratar las necesidades de las víctimas de delitos. En este momento, esto se ha realizado a través de agresores que entregan servicios a las víctimas de delitos.

**3. Chile.** Como en todos los países de América Latina, la cultura legal chilena se inclina hacia resolver los conflictos penales en el proceso judicial, se presenta un reconocimiento de que el sistema judicial no posee la capacidad de entregar soluciones duraderas y pacíficas. Por lo tanto, Chile está promulgando reformas judiciales importantes que están abriendo puertas hacia la justicia restaurativa. La congestión en la administración de justicia, unida al hecho de la falta de confianza en el sistema penal, motivaron tanto al gobierno como a la sociedad civil a buscar nuevas opciones. Las propuestas reparadoras pretenden un mayor énfasis en los asuntos de las víctimas, crear mecanismos comunitarios para manejar los conflictos, introducir proyectos de mediación y de reparación en los nuevos códigos procesales penales.

La Universidad Católica de Temuco, en Chile, es una de esas organizaciones no gubernamentales que viene estudiando estos aspectos. En

<sup>45</sup> Segovia, José. "Justicia y exclusión social: Perspectivas desde las víctimas" Ob. Cit. *"Overcoming violence and pursuing justice: An introduction to restorative justice procedures"*. *The Ecumenical Review*. Geneva: Vol. 55, Iss. 2; p. 151. KERSNER, Daniel. *El Modelo Mitológico como Recurso para la Inscripción Histórica Social*. Disponible en: <http://eatip.com.ar/textos/efectos/modelomit.htm> Koyre, Alexandre. "Reflexiones Sobre La Mentira". En: *Revista El Malpensante*. No. 48. Septiembre de 2003. p. 74.

1998, la Universidad detectó varios problemas al utilizar el sistema judicial para resolver un conflicto penal. La propuesta es una salida pacífica al solo proceso penal. La solución de la Universidad fue la creación del proyecto CREA<sup>46</sup>, Centro para la Resolución Alternativa de Conflictos. Los objetivos de este proyecto son: promover el conocimiento académico en el área de Resolución Alternativa de Conflictos; difundir información a la sociedad; estudiar aplicaciones internacionales y su aplicabilidad en el contexto chileno y entregar servicios a la comunidad. El proyecto CREA ofrece servicios gratuitos de mediación familiar, civil y penal<sup>47</sup>. Los facilitadores buscan auxiliar a las partes en disputa a llegar a un acuerdo que ayude a resolver el problema y crear nuevas relaciones. El objetivo final de este programa es capacitar a la sociedad chilena para resolver conflictos sin recurrir a represalias. En cuanto a las reformas en el tratamiento penitenciario, Chile utiliza principalmente remisión condicional de la sentencia, reclusión nocturna y libertad condicional. La nueva alternativa es el “acuerdo reparatorio”, que se centra en las necesidades tanto de la víctima como del agresor. El proceso reconoce el papel de la víctima en el proceso judicial y permite el acuerdo reparatorio para finalizar el proceso penal.

Los acuerdos reparatorios son acuerdos negociados. Como medio alternativo para resolver conflictos, en este caso de delitos, el acuerdo reparatorio es un mecanismo para disminuir la congestión en los tribunales y cárceles. Al mismo tiempo, ofrece una opción a las víctimas y agresores de tener una voz en el proceso judicial. Esto reduce el negativo impacto social

y económico de encarcelamiento, tanto para el agresor como para su familia, ayudando de este modo a la reintegración. Para las víctimas, los acuerdos entregan reparación directa; un acuerdo puede incluir un pago real a la víctima o una reparación simbólica mediante servicio comunitario o donaciones a instituciones locales, o ambas.

Los acuerdos reparatorios se pueden utilizar en algunos delitos de bienes raíces, fraude o delitos menores. Estos cambios son el resultado del reconocimiento de los derechos de las víctimas según el nuevo código penal. Éstos incluyen el derecho a ser informado durante todo el proceso judicial y recibir reparaciones. Para garantizar los derechos de las víctimas Chile creó Unidades de Asistencia para las Víctimas de Delitos Violentos. Estas unidades entregan apoyo psicológico, legal y material; las necesidades mentales y físicas de la víctima son inmediatamente consideradas. La orientación y la intervención psicológica buscan ayudar a la víctima a sanarse, con servicios que involucran a la familia si es necesario. Al mismo tiempo, las actividades comunitarias y las redes de apoyo se organizan para prevenir el aislamiento y para sensibilizar a la comunidad en cuanto a las necesidades de las víctimas. La asesoría legal ayuda a la víctima a comprender el proceso judicial. Como parte del movimiento “Acceso a la Justicia”, esta asistencia incluye la representación de la víctima dentro y fuera del tribunal en búsqueda de la reparación<sup>48</sup>.

Con el fin de reinserir a los agresores con mayor éxito en la sociedad, Chile ha buscado integrar a la comunidad. Centros de reinserción social y albergues son parte de la estrategia para entregar redes de apoyo social para permitir que los agresores puedan evitar antiguos hábitos o patrones sociales que conducen

<sup>46</sup> ROBLES GARZÓN, J.A. “El acusador privado”. En: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*. 1978. p. 87. Citado por: RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología. Estudio de la Víctima*. Ob. Cit. p. 129.

<sup>47</sup> Otra ONG es la Fundación Paz Ciudadana, que se centra en temas de justicia y reforma del sistema para proteger a los ciudadanos.

<sup>48</sup> El área final en que se reflejan los elementos reparatorios es en la organización y capacidad de poder de la comunidad.

a comportamientos delictivos. El gobierno también se asocia con redes de desarrollo comunitario para fortalecer los vínculos comunitarios de los agresores y para entregarles educación y capacitación.

**4. Costa Rica.** En Costa Rica, los esfuerzos del gobierno para reformar y modernizar el sistema judicial han jugado un papel decisivo en el desarrollo de la práctica restaurativa, incluyendo la mediación y conciliación. En 1994, el gobierno contrató una firma consultora para evaluar el sistema judicial y formular recomendaciones para la reforma. Los dos problemas principales nombrados fueron la falta de acceso a la justicia y la falta de alternativas para los procesos judiciales. Este estudio fue el impulso para el “Plan de Modernización de la Administración de Justicia de Costa Rica”, apoyado por el Organismo de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional para el desarrollo de prácticas de RAC en el sistema judicial. Conforme a este plan, la Corte Suprema inició un Programa de Resolución Alternativa de Conflictos (Programa RAC), el cual creó un proyecto piloto para mediación familiar<sup>49</sup>. Cuando finalizó el Programa RAC en el año 1996, la Corte desarrolló la Comisión Nacional para la Promoción y Difusión de Mecanismos Pacíficos de Solución de Conflictos<sup>50</sup>.

Estos esfuerzos de desarrollo culminaron en la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley N° 7727 de 1997. La Ley 7727 estipula las bases legales para la mediación, conciliación y arbitraje. Esta Ley, separada en tres capítulos, trata el uso de la RAC en distintos contextos. El primer capítulo, comentarios generales, exige la inclusión

de la RAC en el escenario escolar. Éste afirma: “*Cada persona tiene el derecho a recibir una educación adecuada en el tema de paz escolar. El colegio está obligado a ayudar a sus estudiantes a comprender la naturaleza y las formas de construir una paz permanente*”<sup>51</sup>.

La Ley exige el desarrollo de procesos de diálogos en el marco educacional para enseñar estos valores. El segundo capítulo de la Ley N° 7727 establece las pautas para el uso de la conciliación y mediación. El tercer capítulo tiene relación con el arbitraje. Esta legislación preparó el camino para la creación de programas en el área de justicia penal así como en ley civil.

Otro paso hacia el proceso reparatorio fue la Ley de Justicia Penal Juvenil aprobada en el año 1996. El Artículo 61 promueve el uso de conciliación en estos casos. La participación por parte de la víctima (o un representante designado) y del agresor en el caso es voluntaria. Ambas partes deben estar de acuerdo en los términos para resolver el caso y debe existir igualdad entre las partes durante las negociaciones. Costa Rica en el año 1998, puso en marcha un nuevo código procesal penal. Conforme a este código, la conciliación se convirtió en la opción para los adultos en el sistema judicial penal. Sus estipulaciones en cuanto a qué delitos pueden ser resueltos a través de este medio alternativo son similares tanto para el sistema juvenil como para el de adultos: la conciliación se puede utilizar en casos de delitos simples con una condena máxima de tres años de prisión y donde se trata de su primer delito. Los tribunales deben aprobar los acuerdos, pero una vez aprobados se debe abandonar el proceso penal contra el agresor.

La creación del Código de la Niñez y la Adolescencia en 1998 presentó nuevas restricciones para el uso de la conciliación. Este nuevo código creó jueces específicamente responsables de

<sup>49</sup> ROBLES GARZÓN, J.A. “El acusador privado”. Ob. Cit.

<sup>50</sup> Sobre la conciliación en Costa Rica véanse: Chaves Ramírez, Alfonso. “La conciliación”. En *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*. Colegio de Abogados. Asociación de Ciencias Penales. 2º Edición. San José. 1997. pp. 163 ss.

<sup>51</sup> Ley N° 7727 de 1997.

tribunales de familia y creó un proceso especial para la protección de niños y adolescentes. Mientras esta nueva estructura reconoce la conciliación como un recurso legítimo para resolver casos penales, presenta frecuentes restricciones contradictorias en el uso de procesos alternativos. Éste prohíbe estrictamente el uso de conciliación en casos de violencia intra familiar, pérdida o suspensión de la autoridad de los padres. El código también limita el uso de la conciliación en casos donde la víctima es un menor con el fin de proteger al menor de abusos o peligros. La ley juvenil costarricense también estipula ciertas prácticas restaurativas. Se dispone de servicio comunitario a organizaciones como hospitales, escuelas y parques nacionales. Debido a que este trabajo puede no estar estrechamente relacionado al delito, su carácter reparatorio es limitado.

Otra práctica disponible es la reparación, definida como el trabajo que realiza el agresor para la víctima en lugar de pagar una restitución en dinero. Aunque tanto la víctima como el agresor deben estar de acuerdo en este trato, la duración real del servicio y el valor monetario del trabajo que se debe realizar lo decide el juez que lleva el caso.

**5. México.** México en el año 2004 inició unas reformas al sistema procesal penal que incluyen prácticas restaurativas<sup>52</sup>. En la actualidad, estas enmiendas fueron el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Ellas garantizan a las víctimas el derecho a: asesoría legal; ser informado de los nuevos acontecimientos en el caso; recibir asesoría por parte de la oficina del abogado querellante acerca de toda la información que se solicite; recibir asistencia médica y psicológica y recibir reparación por

parte del agresor<sup>53</sup>. Aunque estos cambios no son completamente reparatorios, son un índice de que existe interés por cambiar los existentes en México. En la actualidad se presentan propuestas donde se plantea la necesidad de crear medidas alternativas para la resolución de conflictos criminales. Se solicita el establecimiento de la mediación penal como un mecanismo provechoso y eficaz para avanzar en el tema de justicia. Se busca que la cárcel sea reservada sólo en los casos de delitos más graves. Se reconoce que el castigo dificulta la recuperación de las víctimas y la reintegración de los agresores, entregando un fuerte llamado para un proceso alternativo.

Mientras el gobierno mexicano promueve los valores y procesos de la justicia restaurativa, las ONG también están trabajando para introducir estas prácticas. La Fundación Centro de Atención para Víctimas del Delito (CENAVID) busca introducir una cultura de mediación a México a través del Centro de Resolución de Conflictos. CENAVID se fundó en el año 1993 para entregar recursos especialmente a las víctimas de delitos contra mujeres y niños. En 1995, CENAVID comenzó un proyecto para introducir las prácticas de RAC como medios para resolver conflictos comunitarios, familiares y civiles antiviolencia en uno de los barrios más violentos en Guadalajara. Ellos comenzaron con lecturas informativas y capacitación para niños y adultos. La capacitación incluyó información acerca de cómo las víctimas y sus familias deberían ser tratadas. El proyecto finalmente fue dirigido por la Iglesia Católica local, la Parroquia del Señor de la Misericordia, y continuó la capacitación CENAVID. Otras actividades de CENAVID incluyen la capacitación

<sup>52</sup> COUNCIL OF EUROPE. Recommendation No. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters. Disponible en: [http://rjp.umn.edu/img/assets/18492/Council\\_of\\_Europe\\_%20R\(99\)19.pdf](http://rjp.umn.edu/img/assets/18492/Council_of_Europe_%20R(99)19.pdf)

<sup>53</sup> El director del Instituto de Mediación de México, llevó a cabo capacitaciones para funcionarios públicos en Chiapas ya que ese Estado estableció un proceso judicial informal para favorecer la reconciliación y sanar las heridas creadas por los conflictos (La República en Chiapas 2000).

de Ministro del Estado y funcionarios públicos de México, la promoción de la mediación y de la RAC y asesoramientos para la creación de centros de mediación<sup>54</sup>.

### CONCLUSIONES

La justicia restaurativa propone la humanización del proceso penal, mediante una opción preferencial por las víctimas del delito, olvidadas y maltratadas en el desarrollo del proceso penal tradicional, y se les reconoce la atención negada a la verdad, la justicia y la reparación de sus daños causados con el delito.

Los legisladores, preocupados más por la persona que transgrede la norma de carácter criminal, han dejado de lado las víctimas como sujetos protagonistas del drama criminal, frente a lo cual es necesario escucharlas, atender sus expectativas buscando en la solución del conflicto penal una solución integral que equilibre la intervención y los derechos de las partes en el desarrollo de la tragedia social.

Las medidas de justicia restaurativa, incluida conciliación y la mediación, ya se aplican en las etapas iniciales de la investigación en un cierto número de países, permitiéndose la reparación de los daños y el pago de indemnización a la víctima antes del juicio. A tal fin, en los casos apropiados los oficiales de policía pueden iniciar la aplicación de medidas de reconciliación entre la víctima y el delincuente.

Al aplicar medidas de justicia restaurativa, es esencial asegurar el equilibrio adecuado entre las necesidades y los intereses de la víctima y los derechos del delincuente. Dado que las medidas de justicia restaurativa pueden ayudar a superar algunos de los problemas relacionados con el encarcelamiento, su mayor utilización se

debería promover a nivel nacional. A los niveles internacional y regional, se debería proporcionar información sobre medidas no punitivas y sin privación de libertad a fin de elevar su aceptabilidad por la sociedad, incluido el personal del sistema de justicia penal, ya que dichas medidas pueden constituir en muchos casos una respuesta suficiente a la delincuencia.

### BIBLIOGRAFÍA

AHORSU, Ken, et al. *Conflict Resolution, Sustainable Peace, Recconciliation and Justice: The Role of International Criminal Tribunals and Truth Commissions*. Uppsala University. Suecia. 1999.

ÁLVAREZ, Gustavo. Fundación de Investigaciones Económicas Latino Americanas. 1996. p. 17. 1999.

ALZATE, Norma. *El Fenómeno de las Desapariciones Forzadas*. Tesis de Grado. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho. Bogotá. 1989.

AMNISTÍA INTERNACIONAL (s.f.). *Manual Para La Acción, Desapariciones Forzadas y Homicidios Políticos. La Crisis de Los Derechos Humanos*. EDAI. Cosmoprint. Madrid. 1994.

AMSTRONG, Scott. (s.f.). *Pinochet; Is a Terrorist Hiding in Chile's Senate?*. Disponible en: <http://www.izquierda-unida.es/Derechos>

ALONSO RIMO, Alberto. *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguitables de oficio y el perdón del ofendido*. Tirant lo Banch. Valencia. 2002.

Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.

ASFADDES. *Veinte Años de Historia y Lucha*. Rodríguez Quito Editores. Bogotá. 2003.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito*. Universidad de Barcelona. Barcelona. 1999.

<sup>54</sup> Información acerca de CENAVID y del Centro de Resolución de Conflictos. Disponible en: <http://www.cenavid.com/>

- Barnett, Ross. "Restitution a New Paradigm of Criminal Justice". 1981. En: GAVIRIA, Vicente. *Algunos Aspectos Civiles Dentro del Proceso Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999.
- BERISTAIN-IPÍÑA, Antonio. *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito*. Leyer. Bogotá. 1998.
- BERISTAIN, Carlos, et al. *Afirmación y Resistencia, La Comunidad Como Apoyo*. Virus Editorial. Barcelona. 1993.
- Botero, R. "La Desaparición Forzada". *Revista Su Defensor*. No. 25. Año 3. Agosto 1995
- BRIGHT, Christopher. *Mediación entre Víctima y delincuente*. 1997. Disponible en: <http://www.restorativejustice.org>.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et al. *Victimología: Presente y futuro*. Temis. Bogotá. 1993.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991.
- Criminología, Victimología y Cárcel*. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Profesores 22, Bogotá. 1996
- FATTAH, Ezzat. *An international approach: what is restorative justice?* Citado por Wright, Martin en Seminar in honour of † Gunnar Marnell (27.2.1913 – 16.4.2002), 'Mediation and restorative justice', Estocolmo, 18 de abril de 2002. Disponible en: <http://www.restorativejustice.org/resources/docs/wright2/download>.
- GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Tratado de Criminología*. Tirant lo Banch. Valencia. 1999. p. 348.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons. Madrid. Traducción de Joaquín Cuello
- Contreras y Jose Luis Serrano González de Murillo. 1995.
- Jayme, Cristina. "Constructive and Destructive Post-conflict Forgiveness". *Peace Review*. Vol. 12, No. 1, 2000. p. 96. En: VESGA, Natalia. *(Con)Vivir Con El Enemigo: Caminos Hacia La Reconciliación*. Grupo de Trabajo sobre el Post Conflicto. Fundación Ideas para la Paz – Universidad de los Andes. Bogotá. 2003. Reconciliación Luego de Conflictos Armados. Disponible en: [http://www.idea.int/conflict/reconciliation/policy\\_summary\\_esp.pdf](http://www.idea.int/conflict/reconciliation/policy_summary_esp.pdf)
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Victimología*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1990.
- MESSUTI, Ana. *El tiempo como pena y otros escritos*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Criminología y Victimología 2. Bogotá. 1998.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor. Barcelona. 4<sup>a</sup> Edición. 1996.
- MOLINA, A. *La Desaparición Forzada de Personas en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/molina.html>.
- MOKHIBER, Russell, et al. *Justicia Paleativa*. Disponible en: <http://www.lainsignia.org>.
- Restrepo, Juan. "La espada desenvainada". En: *Diario El Colombiano*. Medellín. 31 de Julio de 2003.
- RICOEUR, Paul. *¿Quién es el sujeto de derecho?*. *Lo Justo*. Colección Espirit, Caparrós Editores. Madrid. 1999.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología. Estudio de la Víctima*. Porrua. México. 1989.
- Sampedro, Julio Andrés. "¿Quiénes son las víctimas del delito? Redefinición del concepto desde la victimología". En: *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Universidad

Externado de Vol. XXI, número 67, Sep/Dic. 09. Bogotá.

\_\_\_\_\_ *La humanización del proceso penal.* Legis. Bogotá. 2002.

Segovia, José. "Justicia y exclusión social: Perspectivas desde las víctimas". En: *Revista Nómadas*. ISSN. 1578-6730. 2003. Disponible en: <http://www.ucm.es/info/eurotheo/nomadas/5/jlsegovia.htm>.

TIFFER, Carlos. *La Diversificación Penal Juvenil.* Disponible en: [http://www.alianzaprojusticia.org.pa/ponencia\\_carlos4.htm](http://www.alianzaprojusticia.org.pa/ponencia_carlos4.htm).

*Transformación de los Estados Unidos en Potencia Industrial.* Disponible en: <http://www.micro-megas.com.mx/apuntes/documents>.

TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS. Proceso a la Impunidad de Crímenes de Lesa Humanidad. Bogotá. 1989.

VAN NESS, Daniel W. "An overview of restorative justice around the world". En Workshop 2: *Enhancing Criminal Justice Reform, Including Restorative Justice*. United Nations. 11th Congress on Crime Prevention and Criminal Justice. Bangkok. 2005. Disponible en: <http://www.pficjr.org/programs/un/11thcongress/danspaper>

ZEHR, H., et al. *Restorative Justice Signposts. Corrections Today*. Laurel. Dec. Vol. 59, Iss. 7. 1997. p. 69. En: VINCENTI, Francesco. La Reconciliación Sostenible: El Mayor Reto De La Paz. Ambar. Bogotá. 2001.

