

JUSTICIA RESTAURATIVA Y GARANTÍAS EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

(Enviado 5/4/ 2011 y Aceptado 11/ 5/ 2011)

Javier Llobet Rodríguez¹

SUMARIO

I. Concepto de justicia restaurativa. II. Los primeros proyectos de justicia restaurativa. III. Justicia restaurativa e interés en la víctima. IV. La justicia restaurativa en el derecho consuetudinario indígena. V. Justicia restaurativa y abolicionismo. VI. La justificación de la justicia restaurativa como alternativa a la justicia retributiva y la rehabilitadora. VII. La justicia restaurativa en la doctrina de la protección integral del derecho penal juvenil. VIII. Extensión internacional de las ideas de justicia restaurativa en la justicia penal juvenil. IX. La admisión de las ideas de justicia restaurativa en el derecho penal de adultos. X. Justicia restaurativa y los fines de la pena. XI. Resultados de los proyectos de justicia restaurativa. XII. Justicia restaurativa y el peligro de la extensión de las redes del control social. XIII. Justicia restaurativa y “privatización” del derecho penal. XIV. La justicia restaurativa y el derecho de abstención de declarar. XV. Contenido de la obligación reparatoria y su problemática con la presunción de inocencia. XVI. Conclusiones

PALABRAS CLAVE: Justicia restaurativa, derecho consuetudinario indígena, abolicionismo, justicia retributiva, justicia rehabilitadora, derecho penal juvenil, derecho penal de adultos, privatización, abstención de declarar, obligación reparatoria, presunción de inocencia.

KEYWORDS: Restorative justice, indigenous customary law, abolitionism, restorative justice, rehabilitative justice, juvenile criminal law, criminal law for adults, privatization, refraining from declaring, reparative obligation, presumption of innocence.

RESUMEN

¹ Catedrático de la Universidad de Costa Rica. Director de Posgrados en Derecho y Coordinador de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

El artículo estudia la idea de la justicia restaurativa, como un concepto que enfatiza el papel de la autor y la víctima en la resolución del conflicto. Esta justicia tiene sus orígenes en la forma de resolución de conflictos de los grupos indígenas.

El reconocimiento de la justicia restaurativa en el derecho penal en general (de adultos y menores) obedece al principio educativo que ha implementado ideas de este tipo de justicia en Derecho Penal Juvenil.

En el artículo se hace referencia a los buenos resultados de los proyectos de justicia restaurativa y la relación de esta figura con otros derechos constitucionales, pero advierte del peligro de que su implementación configure una extensión del control social punitivo, sino atiende al principio de proporcionalidad.

ABSTRACT

The article examines the idea of restorative justice, as a concept that emphasizes the role of the author and the victim in the resolution of the conflict.

This Justice has its origins in the resolution form of conflicts of the indigenous.

Recognition of restorative justice in criminal law in general (adults and children) responds to the educational principle that has implemented ideas of this kind of Justice in Juvenile Criminal Law.

The article refers to the good results of the projects of restorative justice and the relationship of this figure with other constitutional rights, but it warns of the danger of its implementation configures an extension of the punitive social control, if it does not attend to the principle of proportionality.

I. CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa es un movimiento surgido principalmente en los Estados Unidos de América y en Canadá en la década de los setenta del siglo XX, que enfatiza la ofensa a la víctima que supone el delito, de modo que se considera que la misma debe

intervenir en la resolución del conflicto. Se le da importancia fundamentalmente a la conciliación autor-víctima, más que a la imposición de una pena².

En la justicia restaurativa se dice que el hecho delictivo se concibe como un quebramiento a la paz. De acuerdo con ello, la justicia restaurativa opera para restablecer esa paz, trabajando por sanar a las víctimas, los ofensores y las comunidades que han sido lesionadas por un crimen, dándoseles la oportunidad de involucrarse activamente en ello, tan pronto como sea posible³.

La idea de la sanación de las heridas causadas por el hecho delictivo tiene un carácter esencial en la justicia restaurativa, lo anterior tanto con respecto a las víctimas como a los victimarios.

En la justificación de los principios básicos de la ONU para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal de 2002, se expresa claramente esta idea de la sanación de las heridas. Se dice:

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

² Sobre la justicia restaurativa: Morris/Maxwell (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002; Bazemore/Walgrave (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999; Roig Torres. *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*. Valencia, Tirant lo blanch, 2000, pp. 365-367; Rivero Llano. *La victimología ¿Un problema criminológico?* Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1997, pp. 341-344; García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia, Tirant lo blanch, 2005, pp. 624-657; Weigend. *Täter-Opfer-Ausgleich in den USA*. En: MschrKrim, Heft 2/3, 1992, pp. 105-114; Lamnek. *Neue Theorien abweichenden Verhaltens*. Munich, Wilhelm Fink Verlag, 1994, pp. 364-403; Llobet Rodríguez, Javier. *Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil*. En: Baigún, David y otros (Compiladores). *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 873-886; Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (Compiladoras). *Justicia restaurativa. Acercamientos teóricos y prácticos*. San José, CONAMAJ, 2007; Cario, Robert. *Justicerestaurative*. París, 2005; Neuman, E. *La mediación penal y la justicia restaurativa*. México, Porrúa, 2005; Chinchilla Fernández, Max. *Justicia restaurativa en Costa Rica. Instauración de la justicia restaurativa en el Ministerio Público de Costa Rica. Principales retos*. San José, Tesis para optar al título de Maestría en Derecho Penal, Universidad Internacional de las Américas, 2009.

³ Sobre ello: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode, *Restorative Juvenile Justice: in Search of Fundamentals and an Outline for Systemic Reform*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 54-57; Van Ness, Daniel/Morris, Allison/Maxwell, *Introducing Restorative Justice*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 5-6.

Debe resaltarse que en lo atinente a las víctimas con mucha frecuencia el hecho delictivo les causa heridas tan profundas, que no pueden continuar luego del mismo con su vida cotidiana, han perdido la paz interna, y su vida gira en torno al gran enojo que sienten, lo que en definitiva afecta también a las diversas personas que están en su entorno, por ejemplo sus familiares, amigos y compañeros de trabajo. Ello les impide seguir desarrollándose. No puede desconocerse que también los victimarios pueden ser afectados por el hecho delictivo, habiendo sido marcados por el mismo. La justicia restaurativa trata de buscar precisamente la superación de esa situación, permitiendo la superación de las heridas producidas por el hecho delictivo. Para ello la forma tradicional de la mediación autor-víctima, permite el encuentro entre ambos, con la intervención de un experto en mediación, que previamente ha tenido una serie de entrevistas con la víctima y el victimario, procurando que el encuentro cara a cara entre autor y víctima se realice en condiciones de seguridad, evitando, por ejemplo, que lejos de superar las heridas, las mismas se vayan a agravar, evitándose, por ejemplo que se vaya a producir una segunda victimización⁴. Hoy día incluso se ha tendido a ampliar el grupo de personas que participan en el procedimiento restaurativo, por ejemplo, en los encuentros tienen participación también miembros de la familia de la víctima y del victimario, tomando en cuenta que por un hecho delictivo no solamente se afectan los que intervienen directamente como sujeto activo y pasivo, sino también los familiares de estos. A la mediación y los encuentros, se agregan los círculos, que han venido siendo utilizados con gran éxito, e implican una ampliación de las personas que participan en el procedimiento restaurativo, incluyéndose no solamente a la víctima y victimario, lo mismo que a los familiares, sino también a miembros de la comunidad⁵. Para ello se considera también la importancia que tiene dicha participación, de la comunidad, en cuanto no solamente es afectada por el hecho delictivo, sino también que la comunidad puede desempeñar un rol importante en la búsqueda de resoluciones restaurativas que permiten en definitiva la incorporación plena de la víctima y del victimario a dicha comunidad, en cuanto el hecho delictivo podría haberles producido un aislamiento, no solamente auto-producido, sino también un rechazo de la comunidad,

⁴ Acerca del papel del mediador indican Joseph Ma. Tamarit y Carolina Villacampa: *“El proceso reparador exige una conducción profesionalizada. Para ello resulta clave la figura del facilitador, alguien ajeno al hecho y a las partes que debe preparar con éstas el escenario del posible diálogo, explorar su capacidad y disponibilidad para tomar parte en el mismo y adoptar estrategias que permitan una comunicación que pueda resultar satisfactoria para todas ellas, favoreciendo que ellas mismas encuentren soluciones viables y proporcionadas”*. Tamarit, J. M./Villacampa, C. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*. Bogotá, Ibáñez, 2006, p. 303. Agregan dichos autores: *“La profesionalidad del facilitador debe dotarle de los instrumentos necesarios para gestionar cada situación concreta en función, principalmente, de las necesidades de la víctima, reforzando su autoestima y evitando contactos que pueden ser dañinos o a los que la víctima se puede ver impulsada por razones exteriores o poco maduras (presiones del entorno, prejuicios morales...)”* (p. 308).

⁵ Sobre los círculos: Pranis, K. *Manual para facilitadores de círculos*. San José, CONAMAJ, 2009; Pranis, K./Stuart, B./Wedge, M. *Peacemaking circles*. FromCrimetoCommunity. Minesotta, Living JusticePress, 2003.

especialmente ello con respecto al victimario⁶. Debe resaltarse que el procedimiento penal no facilita el diálogo entre autor-víctima, sino todo lo contrario, fomenta el enfrentamiento.

Muchas veces para la víctima es muy importante poder expresarle al victimario el daño que le ha causado el hecho delictivo y para el mismo victimario es relevante tomar conciencia de dicho daño⁷. Además tiene relevancia la humanización del otro. Por ello, ese cara a cara puede tener efectos positivos para la superación del hecho delictivo y poder continuar con la vida.

Debe resaltarse que la justicia restaurativa es mucho más que una forma de solución de los conflictos producidos por un hecho delictivo, sino que ha sido utilizada con gran éxito para solucionar problemas que se presentan en el ámbito educativo, familiar, laboral y corporativo. Se habla así, por ejemplo, de círculos escolares, que “*pueden ser utilizados por maestros y profesores para tratar asuntos de la clase o como un método de aprendizaje*”⁸, igualmente de círculos de violencia doméstica que “*abordan el daño causado en el hogar*”⁹. También las ideas de justicia restaurativa han sido muy utilizadas para solucionar problemas en el sistema penitenciario, ello con respecto a las relaciones de convivencia entre las personas privadas de libertad. Se agrega la ello que la justicia restaurativa no solamente tiene importancia como una forma de solución de conflictos durante el procedimiento penal, sino también durante la ejecución de la pena privativa de libertad.

Con la justicia restaurativa se hace referencia en general a una serie de principios en que se basa la misma, pero que los diversos programas existentes presentan importantes diferencias entre sí¹⁰. Así en los últimos años se ha ampliado el marco en que opera la justicia restaurativa, de modo que diversos programas involucran no solamente a la víctima y al autor, sino también a sus familiares y hasta a la comunidad.

⁶ Cf. Larrauri, E. Tendencias actuales de la justicia restaurativa. En: Pérez Álvarez, F. (Coordinador). Serta. In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca, 2004, p. 446, en donde señala los pros y los contras de la participación comunitaria.

⁷ Indica Elena Larrauri: “*El diálogo se defiende en primer lugar porque se cree que es beneficioso para la víctima ya que ésta puede expresar directamente al infractor sus sentimientos de ira, miedo o angustia y contribuir de este motivo a superar el impacto del delito*”. Larrauri. Tendencias..., p. 444.

⁸Pranis, Kay. Manual..., p. 12; Costello, B./Wachtel, J./Wachtel, T. Manual de prácticas restaurativas para docentes, personal responsable de disciplina y administradores de instituciones educativas. San José, International Institute for restorative practices, 2010.

⁹Prani, Kay. Manual..., p. 12.

¹⁰Con respecto a ello: García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de Criminología*. Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 995.

Se considera a la justicia restaurativa como un nuevo paradigma, que se agrega a la justicia retributiva, como se caracteriza al sistema penal¹¹, y a la justicia rehabilitadora, propia de la ideología del tratamiento¹².

Dentro de las ideas que han impulsado la justicia restaurativa deben resaltarse: a) el renacimiento en el interés por la protección de la víctima, en la década de los setenta del siglo XX¹³; b) las ideas religiosas, en particular de los menonitas¹⁴. Desde la perspectiva religiosa se ha tratado de justificar las ideas de justicia restaurativa desde el punto de vista de la ética cristiana¹⁵, lo mismo que de la judía¹⁶; c) los antecedentes de la diversión o diversificación en el Derecho Penal Juvenil; d) la tradición norteamericana de la

¹¹ Aun cuando en general se considera que la justicia penal reúne un carácter retributivo, de lo que parte la justicia restaurativa, puede discutirse si una justicia retributiva tiene justificación. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Beccaria y el Derecho Penal de hoy. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005, pp. 202-216.

¹² Una comparación entre la justicia retributiva y la restaurativa: Rivera Llano, op. cit., pp. 341-343.

¹³ Con respecto a ello se dijo por el Grupo de Expertos de la ONU que elaboró en 2002 unos principios básicos para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal: “*La justicia restaurativa se había desarrollado en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraba reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía determinar una reducción indebida del papel del Estado en el enjuiciamiento de los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso. Era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del Estado, los delincuentes y las víctimas, tanto en general como en el contexto de cada caso concreto*”. Sobre el tema: Llobet Rodríguez, Javier. Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil, pp. 876-877.

¹⁴ Sobre ello: McCold, Paul. En: Primary Restorative Justice Practices. Morris/Maxwell (Editores), op. cit., p. 43; Dünkel, Frieder, La conciliación delincente víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y la práctica en el Derecho Comparado. En: Beristain (Editor). San Sebastián, Editorial del País Vasco, 1989, p. 120; Pérez Sanzberro, Guadalupe. Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía? Granada, Editorial Comares, 1999, p. 16.

¹⁵ Se han buscado una serie de fundamentos bíblicos a la justicia restaurativa. Así se afirma que el arrepentimiento y el perdón tienen una gran importancia en la ética cristiana (Lucas, 19, 1-10). Se cita con frecuencia lo indicado por Mateo (5, 25), en cuanto indica: “*Llega a un acuerdo con tu enemigo mientras van de camino, no sea que tu enemigo te entregue al juez y el juez al carcelero y te echen en el calabozo*”. En el mismo sentido se indica en Lucas 12,58, en cuanto señala “*Y mientras vas donde las autoridades con tu enemigo, aprovecha, la caminata para reconciliarte con él, no sea que te arrastren delante del juez y que el juez te aplique la justicia y te echen a la cárcel*” (Tomado de: La Biblia Latinoamericana. Madrid, Ediciones Paulinas). El poner la otra mejilla, como dice Jean Marie Müller (no refiriéndose propiamente a la justicia restaurativa) es un desafío frente al ofensor que pretende hacerle reflexionar sobre su acción. El respeto al prójimo no supone no inculparle, sino darle una oportunidad. No se trata de no sancionar en absoluto, sino hacerlo con bondad y no se trata de excluirlo de la comunidad, sino se permitirle reintegrarse a ella. Cf. Müller, Jean-Marie. El coraje de la no violencia. Santander, Editorial Sal Terrae, 2004, pp. 133-135.

¹⁶ Gustavo Zagrebelsky hace mención a la *ryb* y el carácter restaurativo de la misma, a diferencia de *mishpat* o juicio, ello en el judaísmo de la época de Jesucristo. Cf. Zagrebelsky, Gustavo. La crucifixión y la democracia. Barcelona, Ariel, 1996. Señala Elias Neuman: “*En las comunidades judías de la diáspora y en el propio Estado de Israel existe, desde el siglo II, la mediación rabínica a las que las partes voluntariamente acuden y se someten. El o los rabinos actúan como conciliadores y su decisión es tan inapelable como respetada a ultranza. Ello ocurre en asuntos civiles, comerciales y ciertos casos penales (patrimoniales, familiares, injurias, amenazas, usurpaciones y otros)*”. Neuman, E., op. cit., p. 70.

oportunidad en la persecución penal; e) el escepticismo con respecto a la rehabilitación a través de la privación de libertad, ello con la crisis de la llamada ideología del tratamiento¹⁷; f) el reconocimiento del valor de las formas de solución del conflicto por los pueblos indígenas, no sólo en América, sino también en Australia, Nueva Zelanda y África¹⁸ y g) la corriente criminológica que ha defendido, principalmente en Holanda y los países escandinavos el abolicionismo¹⁹.

Las diversas concepciones, arriba mencionadas, que han inspirado e impulsado la justicia restaurativa, no son homogéneas²⁰. La justicia restaurativa ha recibido influencia de diversas concepciones muy diversas, no siempre concordantes entre sí, desde concepciones religiosas hasta otras laicas, desde posiciones pragmáticas anglosajonas, hasta otras ligadas a la dogmática penal alemana, desde posiciones enmarcadas dentro de la criminología tradicional, pero que enfatizan la importancia de la victimología dentro de la criminología, hasta posiciones dentro de la criminología crítica, incluyendo el garantismo y el abolicionismo penal.

Por ello mismo, mientras unos critican la justicia restaurativa como una forma de quebranto a las garantías propias de un Estado de Derecho, otros defienden la justicia restaurativa como una forma de garantizar el principio de intervención mínima del Estado de Derecho y de que el Estado cumpla con su función de estar al servicio de los seres humanos (víctimas, victimarios y el entorno social a su alrededor).

La falta de homogeneidad se refleja también en los diversos programas de justicia restaurativa, distinguiéndose además entre la mediación víctima-autor, las conferencias y los círculos, caracterizándose los dos últimos porque no sólo participan el autor y la víctima, sino se involucran otras personas, ya sea de la familia o de la comunidad.

II. LOS PRIMEROS PROYECTOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Los proyectos de conciliación delincente-víctima se desarrollaron inicialmente en Canadá y los Estados Unidos de América a partir de 1972, dentro del marco de la diversión precedente, habiendo tenido aplicación en el Derecho Penal Juvenil. En estos proyectos

¹⁷ Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil, pp. 874-876.

¹⁸ Véase: IV.

¹⁹ Véase V.

²⁰ En este sentido indica Antonio García-Pablos de Molina: “No son claros, desde luego, ni unívocos sus antecedentes ideológicos, ni sus presupuestos político criminales, dado que los modelos de conciliación, mediación y reparación beben de fuentes muy dispares”. García-Pablos de Molina. Criminología..., p. 628.

tuvieron gran influencia grupos religiosos, como los menonitas²¹ y los cuáqueros²². Se señala que el primer proyecto de justicia restaurativa se dio en Kitchener, Ontario, ello en relación con dos jóvenes que fueron capturados luego de una parranda vandálica, en la que habrían causado daños a unas 22 propiedades. En este caso los jóvenes fueron enviados a conversar con las víctimas y a llegar a un arreglo con las mismas para el pago de los daños causados. Dichos jóvenes pudieron restituir el daño en forma progresiva. Debido al éxito logrado, se inició en Kitchener un programa de reconciliación entre víctimas y ofensores²³. Con base en esa experiencia, en Elkhart, Indiana, empezó en 1978-1979 un programa a pequeña escala, a cargo de oficiales de libertad condicional²⁴.

Debe resaltarse que la previsión como regla de los criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal por los Fiscales en los Estados Unidos de América, en donde no rige el principio de legalidad con respecto a dicha acción, ha hecho que las ideas de justicia restaurativa se hayan visto favorecidas, puesto que da un gran ámbito discrecional para la aplicación de las mismas²⁵. Por otro lado, el desarrollo de las ideas de justicia restaurativa en el Derecho Penal Juvenil fue facilitado por las características de dicho Derecho, que lo han hecho favorable a la diversión con o sin intervención, para evitar los efectos estigmatizantes que tiene la privación de libertad²⁶.

²¹ Sobre ello véase: Dünkel, Frieder, *La conciliación delincente víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho Penal y la práctica en el Derecho Comparado*. En: Beristain (Editor). San Sebastián, Editorial del País Vasco, 1989, p. 120; Pérez Sanzberro, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?* Granada, Editorial Comares, 1999, p. 16.

²² Cf. Dünkel, Frieder, *La conciliación delincente víctima...*, p. 120. En contra del apoyo de los cuáqueros parece pronunciarse Aída Kelmelmayer de Carlucci, op. cit., p. 39, nota al pie 33.

²³ Cf. Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala. En: <http://www.clai.org.ec/DOCS/Guatemala/ResConflictos.htm>. Sobre este caso véase en particular: Kelmelmayer de Carlucci, op. cit., pp. 118-119.

²⁴ Cf. Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala; Dünkel, Frieder, *La conciliación...*, p. 120.

²⁵ Cf. Weigend, Thomas, *Täter-Opfer-Ausgleich in den USA*. En: MschrKrim (Alemania), Heft 2/3, 1992, p. 106,

²⁶ Como antecedentes relacionados con la diversion debe mencionarse el proyecto Highfields llevado a cabo en los Estados Unidos en la década de los cincuenta del siglo pasado, el que trató de evitar sobre todo la privación de libertad en la justicia juvenil, aunque fundamentalmente en relación con la condena condicional de la pena, relacionada más con la probation, que con la diversion. Cf. Lammek, Siegfried, *NeueTeorienabweichendenVerhaltens*. Múnich, W. Fink, 1994, p. 276. Por otro lado, de gran importancia en los Estados Unidos de América fue el proyecto presentado en 1967 por la Comisión de Aplicación del Derecho y Administración de Justicia, que estableció que con respecto a los jóvenes debían evitarse sanciones formales, debiendo utilizarse sanciones menos gravosas. La Comisión de la Oficina de Justicia del Reich alemán de 1903 (Alemania) propuso una reforma del CP, basada en que debían evitarse los perjuicios que para los jóvenes representaba la persecución penal. Se señaló que los jóvenes debían ser protegidos no solamente de un juicio y condenatoria pública, sino también debía evitarse la persecución en aquellos casos en que fuera suficiente una mera advertencia. En 1909 se presentó un proyecto de reforma a la Ordenanza Procesal Penal alemana en la Dieta (Reichtag), que contemplaba la posibilidad del archivo de un proceso en

III. JUSTICIA RESTAURATIVA E INTERÉS EN LA VÍCTIMA

No puede dejarse de considerar, como antecedente histórico de la justicia restaurativa, que en general se admite que el Derecho Penal surge con la neutralización de la víctima, al producirse la monopolización de la justicia penal por el Estado, puesto que antes de ello la víctima tenía un protagonismo en la solución del conflicto provocado por el hecho delictivo, ocupando la reparación del daño un lugar importante para el restablecimiento de la paz social perturbada. Así se ha tendido a mencionar diversas etapas históricas con respecto a la consideración de la víctima, indicándose que una primera es la del protagonismo de la víctima, luego se da la neutralización de la misma, en la que es separada de la forma de solución del conflicto, el que se convierte exclusivamente en un conflicto autor-Estado, y una tercera etapa que se ha denominado como de renacimiento del interés en la víctima, que tiene entre sus facetas el otorgarle protagonismo en la solución del conflicto, propiciando la conciliación víctima-autor y la reparación del daño²⁷. En definitiva el surgimiento de la justicia restaurativa se da en el marco del llamado renacimiento o redescubrimiento de la víctima²⁸, que ocurre principalmente a partir de la década de los

contra de un joven, ello para evitarle los daños unidos a un proceso penal. La ley de los Tribunales de Jóvenes del 16 de febrero de 1923 estableció en Alemania por primera vez la posibilidad del archivo del proceso, regulándose el principio de oportunidad e indicándose en la fundamentación que la pena no debía ser un fin en sí mismo, de modo que cuando puede obtenerse de otro modo el resultado que se persigue con la pena, no es justificado acudir a la utilización del particularmente peligroso medio de la pena.

²⁷ Con respecto a los antecedentes históricos de la justicia restaurativa: Weitekamp, Elmar, *The History of Restorative Justice*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 75-102.

²⁸ Cf. Eser, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*. En: Eser, Albin y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 13-52; Strang, Heather, *Justice for Victims of Young Offenders: The Centrality of Emotional Harm and Restoration*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 183-193. Indica García-Pablos de Molina que en los programas anglosajones de la década de los setenta: “*el sistema (...) deposita una firme confianza en la capacidad y autonomía de los individuos para resolver, pacífica y eficazmente, los conflictos en que puedan hallarse inmersos. Y conlleva, desde luego, una decidida tendencia a desjudicializar y dejuridar aquellos optando por una mediación flexible de instancias no oficiales de carácter comunitario y por procedimientos informales, siempre más pacificadores*”. García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, p. 640. Sin embargo, afirma también Antonio García-Pablos de Molina que las ideas que dan fundamento a la justicia restaurativa no son unitarias, siendo dispares sus antecedentes ideológicos. Así dice: “*No son claros, desde luego sus antecedentes ideológicos ni sus presupuestos políticos criminales, dado que los modelos de conciliación, mediación y reparación beben de fuentes muy dispares. Las dos tradiciones histórico- culturales del control social desembocan, por caminos diferentes, en fórmulas alternativas, sustitutivas o complementarias del sistema penal, en procedimientos informales de solución de los conflictos. Estos constituyen, en efecto, la propuesta emblemática de los sistemas de ‘diversion’.* Pero, también, del pensamiento ‘abolucionista’ de la ‘non radical intervention’ y de las tendencias victimológicas que surgen en la década de los cuarenta. Sin olvidar las corrientes ‘reprivatizadoras’ radicales., partidarias de la devolución del conflicto a sus protagonistas, orientaciones, como es lógico, muy proclives a estas vías alternativas del control social

setenta del siglo pasado. Con respecto a ello se dijo por el Grupo de Expertos de la ONU que elaboró en 2002 unos principios básicos para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal:

“La justicia restaurativa se había desarrollado en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraba reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía determinar una reducción indebida del papel del Estado en el enjuiciamiento de los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso. Era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del Estado, los delincuentes y las víctimas, tanto en general como en el contexto de cada caso concreto”²⁹.

En la justicia restaurativa se tiende a enfatizar la preocupación fundamental en la víctima, contraponiendo ello con la atención que le otorga la justicia penal al delincuente. Ello se trata de reflejar desde un punto de vista semántico al indicarse en los Estados Unidos de América, que se trata de la compensación víctima-autor, en donde la víctima es mencionada de primero en la misma denominación, a diferencia de lo que ocurre con frecuencia en Alemania, en la que se hace mención a la mediación autor-víctima³⁰.

IV. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA

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

formal. Todo ello demuestra, sin embargo, que la racionalidad del nuevo modelo tiene y cuenta con una fundamentación ideológica muy variada: la necesidad de evitar el impacto estigmatizante del sistema penal y sus agencias e instancias oficiales ('diversion'), la mejor satisfacción de las justas expectativas de uno de los protagonistas del conflicto criminal ('movimientos victimológicos'), la intrínseca falta de legitimación activa del sistema para arrebatar el conflicto a sus 'propietarios' ('abolicionismo' y tendencias privatizadoras radicales), etc. O lo que es lo mismo: que falta una base común, un sustrato ideológico homogéneo, un hilo conductor a sus diversas manifestaciones”. García-Pablos de Molina, Antonio. *Criminología...*, p. 628.

²⁹Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, *Justicia restaurativa. Informe del Secretario General*. E/CN.15/2002/5/Add.1, p. 7.

³⁰Weitekamp. Elmar, *Mediation in Europa: Paradoxes, Problems and Promises*. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). *Restorative Justice for Juveniles*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 145-146. Acerca de la importancia en la consideración de la víctima dentro de las ideas de justicia restaurativa: Kemelmayer de Carlucci, op. cit., pp. 145-147.

ejemplo en Australia y Nueva Zelanda³¹, pero también en otras regiones, por ejemplo en África y América. Se agrega a ello que los círculos de paz, como una de las expresiones de la justicia restaurativa, se encuentran inspirados en los principios y prácticas de solución de conflictos de las comunidades aborígenes de Yukón (Canadá), Nueva Guinea, Hawai y Nueva Zelanda³².

Sobre ello en las discusiones desarrolladas por el grupo de expertos que elaboró los principios básicos para la utilización de programas restaurativos en materia penal, aprobados en 2002, se enfatizó los antecedentes que tiene la justicia restaurativa en las formas de resolución de conflictos por los grupos aborígenes. Así consta:

“10. La reunión fue inaugurada por Stephen Owen, Secretario Parlamentario del Ministro de Justicia del Canadá. El Sr. Owen esbozó la experiencia del Canadá en materia de opciones restaurativas, en particular en el contexto de las iniciativas que se habían adoptado en el ámbito de programas de justicia aborígen. Comparó esas iniciativas con medidas similares adoptadas en otros países. Los procesos restaurativos, como la utilización de medios tradicionales de solución de conflictos, eran a menudo adecuados en esos entornos, dado que además de que tomaban en cuenta la cultura y las necesidades concretas de los interesados podían ser ejecutados muchas veces por las propias personas a nivel local, creándose programas eficaces con recursos financieros y profesionales limitados (...).”

Además:

“15. Se señaló que sería muy difícil determinar el momento o lugar exactos en los que se originó la justicia restaurativa. Las formas tradicionales y autóctonas de justicia consideraban fundamentalmente que el delito era un daño que se hacía a las personas y que la justicia restablecía la armonía social ayudando a las víctimas, los delincuentes y las comunidades a cicatrizar las heridas. Los enfoques restaurativos ocupaban un lugar destacado en los códigos jurídicos de civilizaciones que habían sentado las bases de los modernos ordenamientos jurídicos. Los elementos restaurativos

³¹ Cf. Blagg, Harry, Aboriginal Youth and Restorative Justice: Critical Notes from the Australian Frontier. En: Morris, Allison/Maxwell, Gabrielle (Editores). Restorative Justice for Juveniles. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 227-242.

³² Cf. Stuart, B./Panis, K. Círculos de paz. Reflexiones sobre sus características y principales resultados. En: Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (compiladoras) Justicia restaurativa en Costa Rica. San José, CONAMAJ, 2006, p. 122.

habían existido en los principales ordenamientos jurídicos de todo el mundo durante decenios y en algunos casos siglos”.

Importante en cuanto al derecho consuetudinario indígena, cuyas formas de solución del conflicto deben ser respetadas de acuerdo con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, es que a pesar de las diferencias que existen entre los diversos pueblos indígenas americanos, un rasgo que se aprecia en común es el carácter fundamentalmente reparatorio de la solución de conflictos³³. Ello ocurre, por ejemplo en el derecho consuetudinario indígena del pueblo Bibri de la comunidad de Cabagra, en Costa Rica³⁴.

El desarrollo de la justicia restaurativa con frecuencia pretende rescatar esas formas de solución del conflicto, estudiándolas e imitándolas, recalando como la comunidad en forma pacífica a través del acuerdo logra restablecer la paz perturbada por el hecho delictivo³⁵.

Se ha tratado dentro de la justicia restaurativa de rescatar las prácticas de las comunidades indígenas y de aprender de éstas, lo que se refleja, por ejemplo en los círculos restaurativos, los que se basan precisamente en prácticas indígenas de solución de conflictos.

En este sentido en el Primer Congreso Nacional mexicano de Justicia Restaurativa y Oralidad, celebrado en la ciudad de Acapulco del Estado de Guerrero, se resaltó la relevancia de los procedimientos restaurativos de los pueblos indígenas y la necesidad de aprender de los mismos. Así en el pronunciamiento del 13 de marzo de 2010 referente al sistema de justicia de comunidades indígenas se dijo:

“Los sistemas de justicia de comunidades originarias en México, contemplan procedimientos orales en materia penal, así como modelos restaurativos y de ejecución de sanciones reeducativas.

Ello compromete a investigadores, legisladores, organizaciones de gobernadores, de tribunales de justicia y de procuradurías para que analicen y evalúen las aportaciones de estas comunidades en materia de oralidad y justicia restaurativa.

³³Cf. Borja, Emiliano. *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*. Valencia, Tirant lo blanch, 2001, pp. 134-137.

³⁴ Cf. Portilla, Osvaldo/Muñoz, Eduardo/Llobet Rodríguez, Javier. *El Derecho Indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblo Bibri*. En: Borja, Emiliano (Compilador). *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 83-102.

³⁵ Al respecto no puede dejarse de considerar que el respeto del Derecho consuetudinario indígena se enmarca dentro de los derechos de la tercera generación, de modo que desde la perspectiva del mismo la ofensa provocada por el hecho trasciende en su afectación a la víctima, perturbando a la comunidad como un todo. Sobre ello: Borja, op. cit., p. 134.

Un ejemplo concreto es el sistema de justicia comunitaria de las comunidades originarias de la costa chica y de la montaña de Guerrero, cuyas experiencias ancestrales en la materia constituyen un ejemplo de buenas prácticas en la materia.

Ante la violencia y la inseguridad pública que produce temor y zozobra en la ciudadanía, son tiempos en los que debemos aprender de los sistemas de justicia de nuestras comunidades originarias y que a la vez les transmitamos las estrategias exitosas que hemos generado en la temática.

En consecuencia, se exhorta a los operadores ya mencionados para que a la brevedad posible se profundice en sistema de justicia como el ya citado”.

V. JUSTICIA RESTAURATIVA Y ABOLICIONISMO

En Europa las ideas de justicia restaurativa encontraron buen eco en los reclamos formulados desde la perspectiva del abolicionismo, en cuanto ha alegado que la justicia penal expropió el conflicto a los actores del mismo, convirtiéndolo en un conflicto Estado-autor y no en un conflicto autor-víctima³⁶.

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

La relación entre las ideas de justicia restaurativa y las del abolicionismo penal, es clara en cuanto este último ha reclamado en contra de la apropiación del conflicto por el

³⁶ Cf. Christie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*. En: Eser y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 157-182; Christie, Nils, *Los límites del dolor*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984; Hulsman, Louk/Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana*. Barcelona, Ariel, 1984. Sobre el abolicionismo: Bovino, Alberto, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*. En: Eser y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 261-279; Bovino, Alberto, *Manual del buen abolicionista*. En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 16, 1999, pp. 47-50; Larrauri, Elena, *Abolicionismo del Derecho Penal. Propuestas del movimiento abolicionista*. En: Poder y control (España), No. 3, 1987, pp.95-116; Martínez, Mauricio, *La abolición del sistema penal*. Bogotá, Temis, 1990; Pérez Pinzón, Orlando, *La perspectiva abolicionista*. Bogotá, Temis, 1989; Sánchez Romero, Cecilia/Houed Vega, Mario, *La abolición del sistema penal*. San José, Editec, 1992, pp. 101-104; Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas*. Bogotá, Temis, 1993, pp. 75-88; Lasocik, Zbigniew/Patek, Monika/Rzeplinska, Irena (Editores), *Abolicionism in History*. Varsovia, 1991.

³⁶ Cf. Christie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, pp. 157-182.

Estado y ha abogado que éste sea devuelto a las partes del conflicto, de modo que se posibilite un acuerdo entre ellas, a través del diálogo³⁷.

Esta influencia del abolicionismo ha llevado en ocasiones a criticar la desjudicialización, que se produce a través de institutos como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, por ser una expresión del abolicionismo³⁸. No se puede negar que un sector de los defensores de la justicia restaurativa asume posiciones abolicionistas. Sin embargo, debe reconocerse que en general los partidarios de la justicia restaurativa no pretenden la eliminación de la justicia penal³⁹, por lo que no llegan al abolicionismo de éste, de modo que el sistema penal se mantiene, dejándose que se produzca una desformalización hacia la obtención de una solución al conflicto por la víctima y el autor, a través del diálogo y acuerdo entre ellos. Así ello no implica que no continúe existiendo como otra vía el sistema penal, el que opera, debe reconocerse, como un estímulo para que el autor acepte participar en el proceso de mediación y la reparación, puesto que con ello evitará la prosecución del proceso penal y con ello la eventual imposición de una pena. Esta es la concepción de la que parte, por ejemplo, el Derecho Penal Juvenil, con base en la Convención de Derechos del Niño y los instrumentos que la complementan, la que no puede ser catalogada como abolicionista, ya que no se pretende la eliminación del Derecho Penal Juvenil y de la imposición de sanciones a través del mismo, aunque se persigue una restricción de las mismas y la búsqueda de alternativas, cuando es

³⁷ Cf. Christie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, pp. 157-182. Señala LoukHulsman: “*La víctima no puede detener la ‘acción pública’ una vez que ésta se ‘ha puesto en movimiento’, le está vedado ofrecer o aceptar un procedimiento de conciliación que podrá asegurarle una reparación aceptable o, lo que es a veces más importante, darle la ocasión de comprender lo que ha pasado realmente y asimilarlo; ella no participa en absoluto en la búsqueda de las medidas que se adoptarán contra el ‘autor’; ignora lo que sucederá a este último durante el tiempo en prisión; no sabe en qué condiciones va a poder sobrevivir su familia; no tiene ninguna idea acerca de las consecuencias reales del hecho en la vida de ese hombre, de la experiencia, tan negativa, que va a tener en prisión; ignora, asimismo, el rechazo que deberá afrontar a su salida... A menudo la víctima desearía un cara a cara liberador. Incluso la víctima de violencia quisiera tener a veces la ocasión de hablar con su agresor. Quisiera comprender sus motivos, saber por qué es ella quien ha sido atacada. Pero él está en prisión y el cara a cara es imposible*”. Hulsman, Louk/Bernat de Celis, op. cit., pp. 71-72.

³⁸ Véase la crítica que desde una perspectiva conservadora hizo Fabián Volio en Costa Rica: Volio, Fabián, *Abolir el abolicionismo*. En: *La Nación* (periódico), San José, 14 de agosto de 2000; Volio, Fabián, *Abolicionismo vergonzante*. En: *La Nación* (periódico), San José, 24 de agosto de 2000.

³⁹ Sobre ello: Roig Torres, Margarita, op. cit., pp. 454-455; Kemelmajer de Carlucci, op. cit., pp. 151-152. Al respecto se dijo por el Grupo de Expertos que elaboró el proyecto de principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, que: “(...) *las ideas y posibilidades que ofrecía la justicia restaurativa debían considerarse un complemento de las prácticas de justicia penal vigentes e inscribirse en el marco de las prácticas nacionales establecidas y de las circunstancias, sociales, culturales, económicas y de otra índole en las que se desarrollan*”. Cf. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit., p. 3. Sobre la relación entre el abolicionismo y la justicia restaurativa: Larrauri, Tendencias..., pp. 440-441. Nils Christie ha llegado a reconocer la imposibilidad de abolir el sistema penal. Se pronuncia por un minimalismo penal e indica que en ciertos casos el castigo es inevitable. Cf. Christie, N. *Una cantidad sensata de delitos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 120-128.

posible, a la imposición de sanciones propiamente dichas, fomentándose con ello la reparación del daño⁴⁰.

Lo anterior impide que pueda concebirse la justicia restaurativa en forma exclusiva como una forma de satisfacción de la víctima, siendo más bien una tercera vía que se ha creado⁴¹, tendiente hacia la desformalización y desjudicialización de los conflictos penales. Se agrega a todo ello que si se concibiera al delito exclusivamente como un conflicto víctima-autor, sin reconocerse el interés público que puede existir en la persecución de los delitos, a lo que debería llegarse es precisamente al abolicionismo penal, de modo que las ideas de justicia restaurativa tuvieran totalmente aplicación, no existiendo de ninguna manera una alternativa de una justicia penal, la que debería ser eliminada totalmente, por no tener razón de ser. Ello no necesariamente operaría en beneficio de los autores de hechos delictivos, puesto que puede favorecer las reacciones de hecho, a lo que ha hecho mención Luigi Ferrajoli en su crítica al abolicionismo⁴². De todas maneras es importante anotar que en general los proyectos de justicia restaurativa tienden a eliminar la posibilidad de aplicación en los delitos de gravedad, ello ya que se considera que sería contrario a la prevención general⁴³, lo que no es conforme a la adopción de una concepción abolicionista. En este sentido con respecto a los delitos graves el Grupo de Expertos que elaboró los principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, indicó: *“Los procedimientos restaurativos debían adaptarse cuidadosamente si se utilizaban en casos de delitos muy graves, cuando no siempre era posible reparar el daño. En esos casos, los procedimientos restaurativos podían constituir un complemento útil del sistema de justicia penal establecido. A menudo la mera creación de un expediente veraz sobre los hechos acaecidos suponía importantes*

⁴⁰ Sobre ello: Tiffer Sotomayor, Carlos, *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 307-367.

⁴¹ En contra: Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 129-131; Bovino, Alberto, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*. En: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Director). *Derecho, Proceso Penal y Victimología*. Mendoza, Ediciones del Cuyo, 2003, pp. 430-432.

⁴² Ferrajoli, Luigi, *El Derecho Penal Mínimo*. En: Poder y Control (España), No. 0, 1986, pp. 25-48; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros), Madrid, 1995, pp. 338-341.

⁴³ Señala Antonio García-Pablos de Molina refiriéndose a las infracciones de especial gravedad: *“Motivos de prevención general no permiten sustraer éstas del enjuiciamiento convencional o someterlas al libre juego de fuerzas de la negociación, el pacto y el arreglo entre los litigantes”*. García-Pablos de Molina. *Criminología...*, p. 649 (véase también p. 633). Indican Tamarit, J. M./Villacampa (op. cit., p. 311): *“La experiencia señala que es en los supuestos de gravedad mediana con cierto impacto psíquico (como podría ser un robo en domicilio) y de violencia no severa (por ejemplo, robos con violencia o intimidación, agresiones o lesiones) donde la mediación tiene mayores perspectivas de éxito”*.

beneficios psicológicos tanto para los delincuentes como para las víctimas. Un ejemplo era la reciente labor de la Comisión de Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica”⁴⁴.

A pesar de lo anterior, debe resaltarse la importancia que puede tener la aplicación de ideas de justicia restaurativa aun en delitos de gravedad, debiendo considerarse que no necesariamente la aplicación de ideas de justicia restaurativa está asociada con la simple búsqueda de una solución reparadora, que excluya totalmente la imposición de una sanción. Con respecto a ello en el Primer Congreso Mundial de Justicia Restaurativa Juvenil, llevado a cabo en Lima en 2009 se indicó en las conclusiones:

“La justicia juvenil restaurativa no debe limitarse solamente a delitos menores o a agresores primarios. La experiencia muestra que la justicia juvenil restaurativa también puede jugar un papel importante en el abordaje de delitos graves. Por ejemplo, en diversos conflictos armados los niños son utilizados como niños soldados y obligados a cometer delitos indescriptibles especialmente contra los miembros de sus propias familias, sus vecinos y sus comunidades. La justicia restaurativa es, con frecuencia, la única forma de generar la reconciliación entre las víctimas y los agresores por igual en una sociedad castigada por la guerra en la que las víctimas de las agresiones sufren al igual que los niños agresores, quienes son forzados a cometer las agresiones. Sin dicha reconciliación, la reintegración de los niños soldados a sus comunidades no será posible, en perjuicio en muchos casos del niño que fue excluido así como de la comunidad que es privada de su fuerza

⁴⁴ Cf. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit., p. 7. Debe tenerse en cuenta en cuanto al abolicionismo, que si se desarrolla en forma coherente éste, debería llevar también a la despenalización de las violaciones de derechos humanos por parte de funcionarios estatales o grupos paramilitares, lo que es particularmente grave en la realidad latinoamericana. En este sentido indica Mauricio Martínez: *“El abolicionismo al tomar solo el sistema penal ‘visible’, desconoce la existencia de sistemas punitivos paralelos y clandestinos constituidos por escuadrones de la muerte, grupos de auto defensa o comandos paramilitares ligados con las autoridades oficiales y que ha sido una práctica común en la mayoría de Estados latinoamericanos para combatir a lo que conciben como ‘enemigo político’ o incluso a los parias que el Estado mismo engendra”*. Martínez, Mauricio, op. cit., p. 65. Véase también: Pérez Pinzón, Orlando, op. cit., p. 84. Una de las críticas al abolicionismo es precisamente que tiene un carácter utópico, haciendo referencia generalmente a delincuencia bagatelaria, con respecto a la cual debería pensarse en la decriminalización, pero no trata casos de delincuencia violenta privada o estatal. Las dificultades del abolicionismo para tratar los actos de terrorismo han sido reconocidos por el mismo *Hulsman*, el que dijo en una entrevista: *“Por cuanto se refiere al terrorismo, tengo la impresión que efectivamente, la desaparición del derecho penal comportaría en este campo los mayores problemas. Aún después de la abolición del sistema penal, los mecanismos sustitutivos que podrían afrontar tal problema retomarían casi con seguridad muchos instrumentos sustitutivos que podrían afrontar tal problema retomarían casi con seguridad muchos instrumentos típicos del control. Se debería en tal caso buscar una limitación y jurisdiccionalización de su uso. Personalmente pienso que el sistema comprendería, por un lado, los elementos del derecho de guerra y, por otro, elementos bastante próximos al actual derecho penal”*. Cita conforme a la traducción que aparece en: Pavarini, Massimo, *El sistema de Derecho Penal entre abolicionismo y reduccionismo*. En: Poder y Control (España), No. 1, 1987, p. 156, cita al pie 39. Polémico es el *“acto de fe”* de *Hulsman* en el sentido de que *“El crimen organizado existe sólo como producto del sistema penal; la desaparición de éste eliminaría también este problema”*. En: Pavarini, Massimo, *El sistema...*, p. 156, nota al pie 37.

laboral, y con la amenaza de un comportamiento criminal por parte del niño excluido”.

También en el Primer Congreso Nacional mexicano de Justicia Restaurativa y Oralidad, llevado a cabo en Acapulco, se resaltó la importancia de la aplicación de las ideas de justicia restaurativa en la justicia penal juvenil, ello en las conclusiones del foro de análisis dialéctico sobre justicia penal restaurativa y salidas alternativas al juicio oral, dadas el 13 de marzo de 2010⁴⁵.

VI. LA JUSTIFICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA A LA JUSTICIA RETRIBUTIVA Y LA REHABILITADORA

El caso Gault, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1967, resaltó que con la argumentación de tratar de proteger a los jóvenes, en la justicia juvenil se había llegado a una intervención mucho más fuerte que la que ocurría en la justicia penal de adultos, no respetándose las garantías mínimas del debido proceso. El caso Gault puso en crisis la concepción que se había sostenido de la justicia juvenil hasta ese entonces, que partía de que en definitiva no eran importantes las garantías al joven, puesto que todo era en su beneficio, al tratarse de salvarlo⁴⁶. En la resolución del caso Gault no se puso en duda expresamente la ideología del tratamiento, que imperaba en la justicia penal juvenil, habiendo tenido su auge principalmente en las décadas de los años cincuenta y sesenta del siglo pasado. En dicha ideología se expresaba la confianza en que a través de la intervención de un equipo interdisciplinario de profesionales podría obtenerse la rehabilitación de los delincuentes, en especial de los juveniles. Sin embargo, en 1974 Robert Martinson publicó un artículo titulado “¿Qué funciona? Preguntas y respuestas acerca de la reforma de la prisión?”, en donde indicó que con pocas excepciones aisladas,

⁴⁵ Se indicó: “Considerando que los adolescentes, en conflicto con la ley penal, independientemente de su peligrosidad y de que Estado y Sociedad somos corresponsables de sus conductas, se ha probado que los procesos restaurativos contribuyen eficazmente a su arrepentimiento, toma de conciencia y genuina responsabilización”.

⁴⁶ In re Gault (387 US.1). Véase el texto de la resolución del caso In re Gault en: Barker, Licius/Barker, Twiley, *Civil liberties and the Constitution*. Nueva Jersey, 1982, pp. 362-369. Sobre el caso Gault: Llobet Rodríguez, Javier, *Garantías en el proceso penal juvenil*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 145-149; Zaffaroni, Raúl, *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 1980, T.I, p. 226; Fletcher, George, *Basic Concepts of Criminal Law*. Nueva York/Oxford, OxfordUniversityPress, 1998, pp. 26-27; Fletcher, George, *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 51; Platt, Anthony, *Los salvadores del niño*. México, Siglo XXI, 1982, pp. 173-176; Burt, Robert, *La constitución de la familia*. En: Beloff, Mary (Editora). *Derecho, infancia y familia*. Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 53-58; Kemelmajer de Carlucci, op. cit., pp. 67-73. Sin embargo, no se llegó a reconocer el derecho de los jóvenes a un jurado, el que dentro del Derecho de los Estados Unidos de América ha tenido una gran trascendencia. La negación de ese derecho se dispuso, por ejemplo, por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso Mc. Keiver en contra de Pennsylvania y In re Burrus (403 U.S. 528. 1971). Cf. Barker, Lucius/Barker, Twiley, op. cit., p. 319

los esfuerzos rehabilitadores que han sido reportados lejanamente han tenido un efecto apreciable. Formuló en ese artículo la expresión “Nada funciona” (“Nothingworks”), que adquirió una gran difusión⁴⁷.

El escepticismo en relación con la sanción privativa de libertad produjo una crisis de la justicia penal juvenil en los Estados Unidos de América, que se tradujo en el auge del neoclasicismo, llevando a un vuelta de las ideas retribucionistas, lo mismo que de las ideas de prevención general negativa, que han producido a un endurecimiento del Derecho Penal, incluyendo el Derecho Penal Juvenil⁴⁸. Ello ha conducido a una tendencia en los Estados Unidos de América al juzgamiento de los jóvenes como adultos, al cumplimiento de la sanción junto con adultos e incluso a la aplicación de la pena de muerte a menores de edad⁴⁹.

Sin embargo, en forma paralela, el escepticismo con la sanción privativa de libertad condujo en los Estados Unidos de América al auge de las ideas de la justicia restaurativa⁵⁰, que surgen como una concepción que se enfrenta a la justicia penal tradicional, que se dice se basa en ideas retributivas. Así la concepción de la justicia restaurativa se ha concebido como un nuevo paradigma que debe ser diferenciado de la justicia rehabilitadora, relacionada con la ideología del tratamiento, lo mismo que de la justicia retributiva, como es que desde la perspectiva de la justicia restaurativa se llega a caracterizar a la justicia penal y a la imposición de una pena en ésta⁵¹. Debe tenerse en cuenta que la justicia restaurativa se da como parte de lo que en Norteamérica se ha llamado la crisis de la

⁴⁷ Martinson, Robert. *What Works? – questions and answers about prison reform*. En: The Public Interest, número 35, 1974, pp. 22-54. Con respecto a las críticas de Martinson: Bazemore, Gordon, *After Shaming, Whither Reintegration: Restorative Justice and Relational Rehabilitation*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, WillowTreePress, 1999, pp. 156-159.

⁴⁸ Este endurecimiento del Derecho Penal de adultos y del Derecho Penal Juvenil no era, sin embargo, un efecto pretendido por Robert Martinson, quien más bien se caracterizó por sus posiciones progresistas y la defensa de los derechos civiles. Cf. Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 475.

⁴⁹ Una crítica a ello en: Llobet Rodríguez, Javier, *Garantías en el proceso penal juvenil*, pp. 18-20.

⁵⁰ Sobre estas tendencias paradójicas indica: FriederDünkel: “*En el transcurso de los últimos años se observó sobre todo en Estados Unidos, una decisión sobre las tendencias a poner en marcha, de cara a la criminalidad grave y reiterada de jóvenes, un derecho penal de adultos más severo. El uso creciente de tales decisiones ‘waiver’, corresponde a una evolución de la política criminal que por un lato intenta el tratar siempre con más moderación los desvíos, por medio de diversion (desjudicialización) y sobre todo evitar el encarcelamiento*”. Dünkel, Frieder, *Orientaciones de la política criminal en la justicia juvenil*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, DAAD/UNICEF, 2002, p. 527.

⁵¹ Cf. Feld, Barry, *Rehabilitation, Retribution and Restorative Justice: Alternative Conceptions of Juvenile Justice*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode. (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 18-44.

justicia penal juvenil, debido al auge de las ideas retributivas en relación con el juzgamiento de la delincuencia juvenil, lo mismo que al escepticismo frente a las ideas rehabilitadoras, que habían tenido especial acogida en el Derecho Penal Juvenil⁵².

Las ideas de justicia restaurativa en los Estados Unidos de América y Canadá han estado relacionadas con organizaciones no gubernamentales, en las cuales voluntarios prestan gratuitamente su labor de mediación, ello fuera del proceso penal. Desde esa perspectiva la justicia restaurativa se ha llegado a concebir como una alternativa a la justicia penal. Sin embargo, debe reconocerse que los centros de mediación no parten de una clara distinción entre asuntos penales y civiles, funcionando en general como centros para la solución de conflictos⁵³.

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

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

Dentro del sistema de derechos establecidos en la justicia penal juvenil uno de los que sobresale es la búsqueda de la desjudicialización, ello a través de la diversión, ya sea con intervención o sin intervención. Se parte en definitiva del carácter episódico que tienen las conductas delictivas de los jóvenes⁵⁴, siendo en gran parte consecuencia de los conflictos que implica la adolescencia en sí, sin que luego de pasada la misma necesariamente

⁵² Con respecto a la justicia restaurativa como respuesta a la crisis de la justicia juvenil: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode, *Introduction: Restorative Justice and the International Juvenile Justice Crisis*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, Willow Tree Press, 1999, pp. 1-13.

⁵³Weigend, Thomas, op. cit., 1992, p. 107.

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

impliquen que se va a continuar una carrera delictiva⁵⁵. Se agrega a ello que en ocasiones el carácter episódico de la delincuencia juvenil hace que la mejor respuesta es la falta de respuesta del sistema penal. Precisamente en relación con la desjudicialización con intervención es que encuentra cabida la justicia restaurativa, llegándose incluso en muchas ocasiones a caracterizar la justicia penal juvenil como restaurativa.

A pesar de ello aunque actualmente las ideas de justicia restaurativa reciben un reconocimiento general a nivel internacional, al momento de aprobación de las reglas mínimas de la justicia penal juvenil en 1985 y de la Convención de Derechos del niño y de la niña en 1989, todavía no habían logrado suficiente reconocimiento, por lo que en dichos instrumentos no se menciona expresamente la justicia restaurativa, sino lo que se expresan son ideas relacionadas con la diversión.

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

“Remisión de casos

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

“11.2 La policía, el Ministerio Público y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente con arreglo a los criterios establecidos al efecto, y sin necesidad de visita oficial, en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.

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

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

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

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

En los comentarios a dichas Reglas se señala que la remisión: *“sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores (por ejemplo el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello, la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada, y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo”*.

Se indica además que se recomienda: *“que se prevean opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales”*.

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

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

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

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

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

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

La Convención de Derechos del Niño de 1989 señala en su artículo 40 inciso 3 b):

“Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

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

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

“Justicia alternativa

“135. Las normas internacionales procuran excluir o reducir la ‘judicialización’ de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

Debe resaltarse que las ideas de justicia restaurativa fueron desarrolladas en el ámbito del Derecho Penal Juvenil, habiendo tenido una influencia posterior en el Derecho Penal de adultos, como se indica luego, aunque siempre con una amplitud menor que la asignada en el Derecho Penal Juvenil. De gran relevancia con respecto a la importancia de la justicia restaurativa en el mismo fue la celebración del Primer Congreso Mundial de Justicia Juvenil Restaurativa, que fue organizado por la Fundación Terre des hommes (Lausanne), con la colaboración de la Fiscalía de la Nación del Perú, la Universidad Pontificia del Perú y la Asociación Encuentros – Casa de la Juventud. Dicho evento se llevó a cabo en Lima del 4 al 7 de noviembre de 2009 y contó con la participación de aproximadamente 1,000 personas, provenientes de 63 países. En dicho Congreso se recomendó el fomento de la justicia restaurativa en el justicia penal juvenil, indicándose las particularidades de la delincuencia juvenil, por ejemplo en relación con las personas menores de edad que viven

en la calle y aquellas que han sido reclutadas por grupos dentro de los conflictos bélicos que se llevan a cabo en Latinoamérica.

VIII. EXTENSIÓN INTERNACIONAL DE LAS IDEAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Los proyectos de justicia restaurativa, los que varían unos de otros en cuanto a requisitos y consecuencias, han llegado a extenderse a diversos países, por ejemplo Canadá, Reino Unido, Nueva Zelanda, Lovaina (en Bélgica), Francia, Italia, Finlandia, Noruega, Alemania, Austria, Cataluña (en España), Japón, Brasil, Sudáfrica, Nueva Zelanda y Australia⁵⁶.

El auge de las ideas de justicia restaurativa se expresa en la extensión de los programas de mediación víctima-autor, puesto que a pesar de que a finales de la década de los setenta del siglo pasado existían solamente unos pocos programas en Estados Unidos y Canadá, a mediados de los noventa se calculaba la cantidad de programas existentes en unos mil, existiendo aproximadamente 318 en América del Norte y 712 en Europa⁵⁷.

Las ideas de justicia restaurativa se han extendido en el Derecho Penal Juvenil latinoamericano, a través de instituciones como la suspensión del proceso a prueba y la conciliación, lo mismo que en el Derecho Procesal Penal de adultos, como consecuencia del impulso reformador del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988⁵⁸. Sin embargo, no debe perderse de vista que si bien la suspensión del proceso y prueba y la conciliación pueden ser expresión de ideas de justicia restaurativa, no necesariamente ocurre eso en todos los casos. Esto puede suceder cuando la aplicación de dichos institutos no se lleva a cabo con frecuencia a partir del encuentro autor-victima, sino solamente de una manera formalizada, en que ni siquiera se llega a producir dicho encuentro, siendo la solución obtenida meramente producto de un acuerdo en que los que intervienen son los abogados de cada parte. Idea fundamental de la justicia restaurativa es la sanación de las heridas producidas por el hecho delictivo, tanto para la víctima como para el autor, lo que no se obtiene cuando se está ante un acuerdo meramente formal, que deja las heridas

⁵⁶ Cf. García-Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de Criminología*, p. 1016.

⁵⁷ Cf. Umbreit, Mark, *Avoiding The Marginalization and "McDonalization" of Victim-Offender Mediation: A Case Study in Moving Toward the Mainstream*. En: Bazemore, Gordon/Walgrave, Lode (Editores). *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey, WillowTreePress, 1999, p. 213.

⁵⁸ Este Código, sin embargo, previó solamente la suspensión del proceso a prueba. A pesar de la importancia en la difusión de las ideas de la justicia restaurativa, solo en forma parcial es expresión de ellas, puesto que no exige la conformidad de la víctima (Art. 83). Cf. Llobet Rodríguez, Javier, *La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano alemán)*. San José, Escuela Judicial, 1993, p. 94. En ello se han apartado en general los Códigos que se han venido aprobando en los últimos años en Latinoamérica.

abiertas y en ocasiones incluso las agrava, a partir de la incompreensión de la posición del otro⁵⁹. La víctima puede sentir que el autor no ha reconocido su falta y la lesión causada por la misma y que en definitiva se ha salido con la suya, al liberarse de la imposición de una sanción propiamente dicha. El autor puede, por su parte, considerar que la víctima se ha aprovechado de la situación, para obtener beneficios indebidos. Todo ello lleva a una falta de empatía con el otro.

IX. LA ADMISIÓN DE LAS IDEAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DERECHO PENAL DE ADULTOS

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

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

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

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

“Cuando funcionen o se hayan introducido recientemente mecanismos oficiosos de solución de controversias (se recomienda) velar, en la medida de lo posible y tomando debidamente en cuenta los principios jurídicos establecidos, porque se atienda plenamente a los deseos y a la sensibilidad

⁵⁹ Sobre ello: Arias Madrigal, D. Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa. En: Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (compiladoras) Justicia restaurativa en Costa Rica. San José, CONAMAJ, 2006, pp. 180-181. Acerca de las posibilidades que existen de utilizar los institutos existentes conforme a los principios de la justicia restaurativa: Mayorga Agüero, Michel. Incorporación del modelo de justicia restaurativa en el proceso penal juvenil costarricense. En: Ministerio Público. Fiscalía Adjunta Penal Juvenil. Quince años de justicia penal juvenil en Costa Rica. San José, 2011, pp. 86-93.

de las víctimas, y que el resultado les represente un beneficio por lo menos equivalente al que hubieran obtenido recurriendo al sistema oficial”.

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

Puede afirmarse que existe una tendencia internacional en el Derecho Penal de adultos, bajo la influencia del Derecho Penal Juvenil, al reconocimiento de la reparación como causal que da lugar al archivo del proceso o bien a prescindir o atenuar la pena⁶⁰. A pesar de lo anterior, debe reconocerse que la extensión de la admisión de la justicia restaurativa en el Derecho Penal de adultos, no llega a tener la amplitud que presenta en el Derecho Penal Juvenil⁶¹.

De gran importancia, por la difusión que ha tenido, es el proyecto alternativo de reparación, presentado en 1992 por un grupo de profesores alemanes, suizos y austriacos⁶². Sin embargo, el proyecto, de gran relevancia en cuanto a la justificación de la reparación de acuerdo con los fines de la pena, ha sido superado en cuanto a la extensión de la aplicación de la reparación por las legislaciones procesales penales latinoamericanas, en cuanto han previsto la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño como causales que dan lugar al archivo del proceso⁶³.

El 28 de julio de 1999 el Consejo Económico y Social de la ONU aprobó una resolución recomendando a los Estados miembros el uso de la mediación y la justicia restaurativa cuando el caso fuese apropiado para ello y llamó a la Comisión para la Prevención del Delito para que considerara el desarrollo de unos principios para el uso de esos programas⁶⁴.

⁶⁰Sobreello: Eser, Albin/Kaiser, Günther/Madlener, Kurt (Editores), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Freiburg, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990; Wambach, Thomas, *Straflosigkeit nach Wiedergutmachung im deutschen und österreichischen Erwachsenstrafrecht*. Freiburg, Max Planck Institut für Strafrecht, 1996; Pérez Sanzberro, Guadalupe, op. cit.; Alastuey Dobón, Carmen, op. cit.; Varona, Gema, op. cit.; Rodríguez Fernández, Gabriela (Compiladora), *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

⁶¹ Cf. Llobet Rodríguez, Javier, *Principios de la fijación de la sanción penal juvenil*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, ILANUD/DAAD, 2002, pp. 397-400.

⁶² Cf. Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtler, op. cit.; *Proyecto alternativo sobre reparación penal*, op. cit.

⁶³ Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *La víctima en el proceso penal centroamericano*. En: Bertolino, Pedro (Editor). Buenos Aires (Argentina), Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 359-366.

⁶⁴ Sobre ello: Van Ness, Daniel/Morris, Allison/Maxwell, op. cit., p. 11.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

f) Fomentar la reeducación y la rehabilitación de los delincuentes juveniles alentando, cuando proceda, el recurso a la mediación, la solución de conflictos, la conciliación y otras medidas de justicia restitutiva en sustitución de las actuaciones judiciales y las sanciones privativas de la libertad;

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

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

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

“Este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia”⁶⁵.

En cuanto al concepto de “*proceso restaurativo*”, se dice que se “*(...) se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se pueden incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias*”⁶⁶.

Por otro lado, por “*resultado restaurativo*” se entiende: “*(...) un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se*

⁶⁵ Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit.

⁶⁶ Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit.

*pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y el delincuente*⁶⁷.

En lo concerniente a Costa Rica debe resaltarse la Declaración de Costa Rica sobre justicia restaurativa en América Latina, tomada el 6 de diciembre de 2005, tomada en Santo Domingo de Heredia, luego del “Seminario Construyendo la justicia restaurativa en América Latina”, llevado a cabo del 21 al 24 de septiembre de 2005. En la misma se insta a establecer procedimientos y soluciones restaurativas, como una forma de justicia más humana y como una alternativa a la pena privativa de libertad.

X. JUSTICIA RESTAURATIVA Y LOS FINES DE LA PENA

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

El sistema penal no puede justificar las ideas de justicia restaurativa en la mera satisfacción de los intereses de la víctima, puesto que precisamente el sistema penal interviene frente a las graves infracciones a la vida en sociedad que trascienden en definitiva los intereses de la víctima. En otras palabras, si se tratara simplemente de un conflicto privado entre autor y víctima, entonces no tendría razón de establecerse la conducta como delictiva, ni de pensarse como tal en caso de ausencia de acuerdo con la víctima. Por ello es de gran importancia la justificación que se le ha tratado de dar por Claus Roxin a la relevancia al acuerdo autor-víctima en cuanto a la reparación⁶⁸ y que recibió acogida en el Proyecto Alternativo de reparación, presentado por profesores alemanes, austriacos y suizos en 1992. Se ha sostenido así que la reparación cumple en definitiva funciones de prevención general positiva y de prevención especial positiva, ello ya que en delitos no graves se logra que se restablezca la paz jurídica perturbada por el hecho delictivo, esto a través del reconocimiento de su falta por parte del autor, unido a que tiene también efectos de prevención especial positiva, en cuanto lleva al enfrentamiento del autor con las consecuencias dañosas sufridas por la víctima y a la asunción de su responsabilidad con ella, lo que es positivo desde el punto de vista rehabilitador. Se asocia

⁶⁷ Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit.

⁶⁸ Cf. Roxin, C.: *Schlussbericht*. En: Eser/Kaier/Madlener (Editores). *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990, pp. 367-375; Roxin, C.: *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. En: Maier y otros *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 129-156.

ello con la concepción de que para la imposición de una pena debe haber necesidad de ella, de modo que si a través de la reparación se logran efectos de prevención general positiva y prevención especial positiva, la imposición de una pena se torna innecesaria, actuándose en definitiva de acuerdo con el principio de ultima ratio o mínima intervención, ya que se evita imponer una pena, la que reúne un carácter más gravoso que las obligaciones asumidas por el imputado a través de la reparación. Así se señala en el proyecto Alternativo de reparación: *“La reparación sirve al establecimiento de la paz jurídica también a través del cumplimiento de fines de prevención general y especial. En el caso del efecto preventivo-general, sólo puede tratarse, en correspondencia con el contenido constructivo de la reparación, de la variante positiva – la prevención de integración (...). A este respecto ya hace mucho que se observó que el sentimiento en la comunidad de preocupación sobre la infracción de la norma y de estar en peligro, originado por la comisión del delito, puede ser suprimido mediante la reconciliación entre autor y víctima (...). Además, la reparación es capaz de proporcionar a la comunidad el convencimiento de que el Estado se ocupa de los intereses de la víctima. Por tanto, las aspiraciones centrales de una prevención general dirigida hacia integración y satisfacción para la restauración de la paz jurídica son el efecto de confianza, cuando el hecho se impone para el ciudadano, y el efecto de satisfacción, cuando el delincuente ha hecho tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza y considera solucionado el conflicto con el autor(...). Simultáneamente, el autor que repara el daño voluntariamente reconoce demostrativamente la vigencia de las normas lesionadas por él. En muchos casos, la comunidad jurídica podrá darse por satisfecha con ello. Factores de acción preventivo-especial se dan en varios extremos: A través de la posibilidad de la reparación voluntaria con consecuencias positivas para la sanción, el autor es motivado a enfrentarse con las consecuencias del hecho y el dolor de la víctima. Esto puede conducir a una consternación favorecedora de la resolución (...). Por consiguiente, la experiencia del hecho y el intento de reparación son puntos de partida decisivos para el aprendizaje social referido al hecho – por tanto, específicamente penal. En el caso concreto pueden desarrollarse una sensibilidad social para los derechos de otros y una actitud de autonomía y diálogo en la superación de conflictos”*⁶⁹.

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

Frente a aquellos que afirman que las ideas de justicia restaurativa llevan a un aumento de la criminalidad, debe destacarse que en el Primer Congreso Nacional mexicano de Justicia Restaurativa y Oralidad, llevado a cabo en Acapulco en 2010, se resaltó la importancia de la justicia restaurativa como una forma de combatir la inseguridad

⁶⁹*Proyecto alternativo sobre reparación penal* (Traducción: Beatriz de la Gándara Vallejo). Buenos Aires, Konrad-Adenauer Stiftung y otros, 1998 pp. 44-45. Véase el proyecto en alemán: Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtler: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM). Múnich, 1992.

ciudadana y en definitiva de prevenir la delincuencia, sin recurrir a las disfunciones que provoca en ocasiones el sistema penal, haciéndose con ello referencia no solamente al Derecho Penal Juvenil, sino también al Derecho Penal de adultos, resultando que el énfasis del Congreso fue precisamente con respecto al Derecho de adultos. Se hizo referencia allí a los efectos negativos que tiene el encarcelamiento y la incidencia rehabilitadora que tiene la aplicación de procedimientos restaurativos. Así entre otros aspectos se indicó en el manifiesto de justicia restaurativa y oralidad, conocido como “Manifiesto de Guerrero”:

“1. Es urgente que Estado y sociedad establezcamos un pacto para prevenir y enfrentar la criminalidad con una concepción humanística fundamentada en la premisa de que la paz y la seguridad sociales son posibles.

2. Los delitos son expresión del fracaso en el proceso desocialización; de ahí que en las respuestas al fenómeno criminal se debe considerar la corresponsabilidad de la familia, del sistema educativo, de la comunidad próxima y de los demás agentes formales e informales de dicha socialización fallida.

3. La escuela penal restaurativa y el procedimiento acusatorio y oral deben construir una eficaz respuesta a la criminalidad para lo cual se tiene que atender a las necesidades de los protagonistas del conflicto y de los afectados indirectos (..)”.

XI. RESULTADOS DE LOS PROYECTOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

En lo atinente a la justicia penal juvenil se han realizado diversos estudios con respecto a los efectos preventivos de los proyectos de justicia restaurativa. Así se ha constatado en algunos proyectos de los Estados Unidos de América que los jóvenes que establecieron contacto con la víctima y realizaron prestaciones de reparación son significativamente menos reincidentes que los jóvenes que no accedieron a establecer los contactos correspondientes en el marco de las penas suspendidas a prueba. Se comprobó que la reincidencia depende de la magnitud de la reparación, de modo que cuando se tuvo que pagar una suma mayor los resultados fueron menos satisfactorios, pues los jóvenes tenían la conciencia de que debían trabajar durante un tiempo demasiado largo para la víctima⁷⁰.

En otros estudios de los Estados Unidos de América se comparó la asistencia a prueba tradicional, la suspensión condicional con la obligación de reparar y la pena privativa de libertad y se llegó a la conclusión de que, a la vista de la casi identidad de los

⁷⁰ Cf. Dünkler, Frieder, *La conciliación del delincuente víctima...*, p. 137.

índices de reincidencia, desde el punto de la rentabilidad, el programa de reparación era más favorable⁷¹.

XII. JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL PELIGRO DE LA EXTENSIÓN DE LAS REDES DEL CONTROL SOCIAL

La justicia restaurativa puede llevar a un Derecho Penal Mínimo, en cuanto puede desarrollarse a partir de la misma el principio de ultima ratio de la sanción penal o de ultima ratio, provocando además una disminución de los privados de libertad. Ideas de justicia restaurativa han sido propiciadas por Alessandro Baratta⁷², aunque no se encuentran dentro del plan del Derecho Penal Mínimo desarrollado por Luigi Ferrajoli⁷³.

⁷¹ Cf. Dünkel, Frieder, *La conciliación delincente víctima...*, p. 137.

⁷² Baratta, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Montevideo/Buenos Aires, Editorial, B de f, 2004, p. 325, quien formula como un principio del Derecho Penal Mínimo el de “*privatización de los conflictos*”. Dice: “*Se trata de una de ‘reapropiación de los conflictos’, que considera las posibilidades de sustituir parcialmente la intervención penal por medio de formas de derecho repositivo y acuerdos entre las partes, en el marco de instancias públicas y comunitarias de reconciliación*”.

⁷³ Cf. Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón* (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros). Madrid, Trotta, 1995. Este se pronuncia en particular en contra de los acuerdos entre el imputado y el Ministerio Público (pp. 61, 568-570, 621, 726, 746-750), por medio de los cuales se llega a prescindir del juicio oral y a la imposición de una pena. Sin embargo, no se pronuncia con respecto a la conciliación autor-víctima. Debe reconocerse que aparentemente no está a favor de la misma en cuanto se pronuncia en contra de las “*transacciones, aceptaciones o renunciaciones, entre las partes en causa*” (p. 570), aunque la referencia a ello es en particular con relación al imputado y el órgano de la acusación (Ministerio Público). La propuesta que hace es más bien la decriminalización y prever los delitos patrimoniales (pp. 478-479) y en general los que afectan bienes disponibles como delitos perseguibles a instancia privada (pp. 572-573). El escepticismo de Luigi Ferrajoli se debe posiblemente a que a pesar de que las ideas de justicia restaurativa pueden ser expresión del principio de intervención mínima, no dejan de tener problemas con el principio de presunción de inocencia y el de abstención de declarar. En la doctrina ilustrada Jean Paul Marat se pronunció expresamente en contra de la relevancia de los acuerdos entre imputado y víctima. Cf. Marat, Jean Paul. *Plan de legislación criminal* (Traductor: A. E. L.). Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 168; Marat, Jean Paul. *Plan einer Criminalgesetzgebung* (Traducción de Kolb y otros, hecha de la traducción al ruso). Berlín, 1955, p. 135. Esta prohibición era conforme al pensamiento de Cesare Beccaria, el que con base en el principio de infalibilidad de las penas se pronunció por la irrelevancia del perdón del ofendido. Cf. Beccaria, *De los delitos y de las penas* (Traducción de Juan Antonio de las Casas). Madrid, Editorial Alianza, 1988, capítulo 29, p.8. En contra de ello Francisco Mario Pagano admitió la transacción entre el imputado y el Ministerio Público, previa remisión de la parte ofendida. Señaló que la transacción se justificaba por la incerteza sobre el resultado del juicio, debido a la debilidad de las pruebas que disponía el Fiscal, aunque los indicios no debían ser débiles y vagos. Indicó que en la transacción se llega por el reo y por el acusador a perdonar alguna cosa. El efecto de la transacción – dijo – no es sólo la suspensión de la acusación y la absolución de la instancia, sino la total extinción del delito, puesto que el reo sufre en parte la pena que en la transacción acepta. Cf. Pagano, Francisco Mario. *Principios del Código Penal* (Traducción: Zaffaroni). Buenos Aires, Hammurabi, 2002, pp. 72-74.

Se debe ser vigilante en cuanto al desarrollo de la práctica de la justicia restaurativa, para la misma se constituya realmente en una reducción de la reacción penal estatal, de modo que el principio educativo, que está detrás de dicha justicia, no conduzca, al igual que como ocurría en la doctrina de la situación irregular, a una extensión del control social, llegándose en definitiva a unas “redes más amplias y sutiles”, que ha sido una de las críticas que ha formulado la criminología crítica con respecto a las penas alternativas⁷⁴.

Uno de los peligros que existen es que se llegue a utilizar la justicia restaurativa en un sentido retributivo, que lleve a la necesidad de “reparación económica” para acceder a las alternativas a la sanción y a la sanción no privativa de libertad, o bien a una liberación anticipada. Ello no lleva solamente a una extensión de las redes del control social, sino parte de un concepto de reparación propio del Derecho Civil, el que no puede ser admitido y no corresponde a las ideas de la justicia restaurativa, tal y como se indica luego.

Sobre ello debe anotarse que algunos de los que reclaman en contra de la impunidad que indican que existe en el sistema penal y en contra de la lenidad del mismo, se han pronunciado como favorables a la justicia restaurativa⁷⁵. Debe determinarse qué están

⁷⁴ Sobre ello: Llobet Rodríguez, Javier, *El interés superior del niño y garantías procesales y penales*. En: UNICEF (Editor). *Ley de justicia penal juvenil de Costa Rica: lecciones aprendidas*. San José, UNICEF, 2000, pp. 49-50; Llobet Rodríguez, Javier, *Interés superior del niño, protección integral y garantismo (En particular con respecto a las sanciones y sus alternativas en el Derecho Penal Juvenil)*. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Llobet Rodríguez, Javier. *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*. San José, ILANUD/UNICEF/Unión Europea, 1999, pp. 19-20. Sobre ello dice Albrecht: “*En la lectura de toma de posición en la praxis de diversificación en Estados Unidos tiene que tomarse en cuenta como tenor esencial del reproche la ampliación del control social, designada a menudo con el concepto ‘widening the net’ (ampliación de la red de control social)... Este reproche surgió inicialmente en los Estados Unidos. Allí rige el principio de oportunidad, que coloca a la policía en la situación de sólo amonestar a sospechosos menores, sin incoar un procedimiento penal formal. En el marco del programa de diversificación, una parte de los menores, respecto de los cuales se habría evitado previamente un procedimiento penal, fueron sometidos ahora a un programa de ‘tratamiento’ social (terapia, trabajo social, etc.) en el marco de la diversificación... de este modo, ciertamente, la cantidad de menores incorporados a las ‘correctionalfacilities’ propias de la justicia disminuyó; sin embargo, el número de menores en conjunto en conexión con delincuencia sometidos estacionariamente aumentó*”. Albrecht, Peter-Alexis, *El Derecho Penal de Menores*. Barcelona, PPU, 1990, p. 159. En Costa Rica en materia penal juvenil esta ampliación del control social hasta la fecha no se ha dado, pero debe reconocerse que han existido una serie de casos en los que las condiciones impuestas para la suspensión del proceso a prueba eran excesivas y con ello desproporcionadas. Véase, por ejemplo, el caso resuelto por el Tribunal Penal Juvenil mediante el voto 180-2000 del 23 de noviembre del 2000. Véase también el caso referido por Juan Marcos Rivero en: UNICEF (Editor), *Jornadas de reflexión sobre la ley de justicia penal juvenil*. San José, UNICEF, 2001, p. 89. Con respecto al Derecho Penal de adultos las soluciones alternativas, aunque han llevado a una disminución de la cantidad de penas, no han podido impedir que se haya aumentado la cantidad de personas privadas de libertad. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal Penal. I. Aspectos generales*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005, pp. 206-207.

⁷⁵ Castro Fernández, Juan Diego. Palanca, 31 de julio de 2009; Castro Fernández, Juan Diego. Trauma por la inseguridad ciudadana y la violencia. Impunidad y política criminal. En: *Med. leg. Costa Rica* v.20 n.2 Heredia set. 2003; No. 5; Castro Fernández, Juan Diego. ¿Inseguridad o temor? Impunidad, politiquería, posibles soluciones. En: *Med. Leg. Costa Rica*, v. 26, n. 2, Heredia, 2009. Se dice en este último texto: “*Anhelamos un sistema judicial que incorpore el paradigma de la Justicia restaurativa y así levantar un fuerte pilar de libertad, seguridad y justicia que fomenten una convivencia más solidaria y fraterna*”. Se propone: “*Elaborar un nuevo Código Procesal Penal que*

entendiendo por justicia restaurativa, siendo poco probable que el sentido que siguen esté asociado a ideas de derecho penal mínimo.

XIII. JUSTICIA RESTAURATIVA Y “PRIVATIZACIÓN” DEL DERECHO PENAL

Una de las críticas que se hacen con frecuencia a la justicia restaurativa y en particular al otorgamiento de relevancia a la reparación del daño como un supuesto que puede dar lugar al archivo del asunto, es que se vuelve a hacer una confusión entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, lo que se suponía que era una etapa superada en el desarrollo histórico del Derecho Penal. Se parte para ello de las concepciones de la Escuela Clásica, que a diferencia de la Escuela Positivista, establece una clara distinción entre responsabilidad penal y responsabilidad civil. Se llega a afirmar que se realiza una mercantilización del Derecho Penal, de modo que la “impunidad” se compra con dinero, lo que lleva además a una desigualdad entre ricos y pobres⁷⁶.

Ello es lo que lleva a Juan Marcos Rivero a criticar fuertemente la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño por tratarse de una “civilización” del Derecho Penal, atribuyéndole además a la reparación funciones penales, con lo que se penaliza el Derecho Civil⁷⁷.

Con respecto a ello, debe indicarse que aunque en la justicia restaurativa con frecuencia se utiliza el término “reparación”, para hacer referencia al resultado restaurativo,

proteja los derechos de la víctima y mantenga las garantías a los imputados (jóvenes y adultos), promueva la justicia restaurativa, cuente con participación de la sociedad civil en tribunales mixtos (con escabinos) y fomente el principio de ‘justicia pronta y cumplida’”.

⁷⁶En Latinoamérica es relevante lo dicho por el colombiano *Fernando Velásquez Velásquez*, el que señala que la regulación de la indemnización integral del daño como causa de extinción de la acción penal en determinadas figuras penales “... es de carácter desigualitario y clasista, y ... ha sido pensada para beneficiar a los sectores más pudientes de la población, algo verdaderamente preocupante en una sociedad caracterizada por profundos abismos de clase (...).Velásquez Velásquez. Derecho Penal. Parte General. Bogotá, 1995, p. 668.

⁷⁷ Cf. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal. Granada. Editorial Comares, 2004, pp. 163, 170-185; Rivero Sánchez. ¿Penalización del Derecho Civil o civilización del Derecho Penal? En: Armijo/Llobet/Rivero. Nuevo proceso penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 85-134. AlbinEser hace referencia a los diversos problemas que implican las nuevas tendencias del Derecho Procesal Penal que llevan a una “reprivatización” del Derecho Penal, lo que conduce a un enfrentamiento con las máximas en que se ha basado. Aun cuando advierte frente a los problemas que ello puede traer, no se pronuncia en contra de ello. Eser. Funktionwandel strafrechtlicher Prozessmaximen: Auf dem Weg zur “Reprivatisierung” des Strafrechts? En: Kroeschell (Editor). Recht und Verfahren, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, pp. 21-53.

este término no debe ser identificado con el concepto de reparación del Derecho Civil, que envuelva la necesidad de restablecimiento al estado anterior de las cosas y subsidiariamente el pago de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho dañoso, incluyendo tanto los daños materiales como los daños morales.

Debe tenerse en cuenta que la utilización del concepto civil de reparación haría justificadas las críticas de Juan Marcos Rivero, a lo que se une que la reparación en el Derecho Civil no guarda ninguna relación de proporcionalidad con la acción atribuible al sujeto con base en la cual se imputa el resultado dañoso. Por ello una culpa leve puede provocar daños de una gran envergadura y una culpa de gran gravedad daños de escaso monto. Ello revela los problemas que implica utilizar el concepto civil de reparación, el que haría justificada además la crítica de que la justicia penal se puede comprar con dinero y que se llega a una desigualdad entre los que pueden pagar monetariamente y los que no pueden hacerlo.

Debe reconocerse que con frecuencia en la práctica del Derecho Penal de adultos se ha entendido la reparación en el sentido civilista del término y que los acuerdos conciliatorios y la reparación integral del daño se han entendido en el pago de una indemnización monetaria que compense los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, el concepto de reparación del que se parte en la justicia restaurativa es diverso, ya que más bien hace referencia a la sanación de las heridas producidas por el hecho dañoso, lo que puede implicar la reparación meramente simbólica⁷⁸. Ello tiene especialmente importancia en materia penal juvenil, en donde por la naturaleza de la delincuencia juvenil las reparaciones meramente monetarias pueden llegar a ser contraproducente. Por otro lado, esta concepción de la reparación supera las críticas al quebranto al principio de igualdad entre ricos y pobres.

En el sentido indicado Heinz Müller Dietz hace referencia a la liberación del Derecho Penal del pensamiento civilista en lo relativo a la justificación de la reparación como causal de sobreseimiento. Indica que si bien el Derecho Civil tiene una influencia con respecto a la reparación, porque no puede disponerse la reparación cuando no sea procedente de acuerdo al Derecho Civil, o bien no puede disponerse una reparación superior a la que

⁷⁸ Sobre ello; Tamarit, J. M./Villacampa, op. cit., pp. 310, quienes indican: “*Se aduce que con la introducción de la reparación se atenta contra el orden público del Derecho Penal y contra el principio de igualdad, ya que la reacción frente al delito estaría condicionada por la capacidad de pago del culpable (...). La respuesta a tales críticas pasa por enfatizar el distinto sentido de la reparación penal respecto a la responsabilidad civil derivada del delito que se concreta en las siguientes notas: a) el valor punitivo no está en la reparación íntegra, sino en el esfuerzo reparador; b) la reparación puede hacerse a favor de la comunidad (reparación simbólica o social); c) la reparación no tiene sólo una dimensión económica sino también (e incluso en gran medida preferentemente) psíquica y emocional, por lo que debe ir acompañada de una disculpa seria; d) la reparación no es transferible ni divisible, sino que debe prestarse personalmente*”.

correspondería de acuerdo con el Derecho Civil, la justificación de la reparación como causal de sobreseimiento hay que buscarla en el Derecho Penal y no en el Derecho Civil⁷⁹.

La asignación de una naturaleza penal y no civil a la reparación, tiene implicaciones prácticas, dentro de las cuales se puede enumerar:

- a) La reparación no se rige por los principios del derecho civil. No se requiere la reparación integral del daño, pudiendo tratarse de una reparación simbólica. Importante desde el punto de vista de la igualdad.
- b) La aceptación de la reparación por la víctima no implica renuncia al derecho resarcitorio, salvo que del acuerdo se extraiga.
- c) Se justifica por la falta de necesidad de la pena, ya que se le asignan funciones preventivas a la reparación. Desde esta perspectiva se ha afirmado que la reparación es una tercera vía, que se agrega a las penas y las medidas de seguridad.
- d) No se aplica cuando hay necesidades preventivas de que se llegue a imponer una pena, por ejemplo se limita la aplicación de la reparación en delitos graves.
- e) No se aplica el efecto extensivo de la reparación, sino se beneficia solamente el que interviene reparando.

XIV. LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL DERECHO DE ABSTENCIÓN DE DECLARAR

Se critica si la aceptación de someterse al procedimiento restaurativo, implica un quebranto al principio de abstención de declarar, en cuanto a que decisión se acudir a dicho procedimiento y de aceptar una solución restaurativa no es una decisión libre, ya que se toma bajo la amenaza de que en caso contrario puede llegarse a imponer una pena elevada. En efecto no puede dejarse de considerar que, como dice Julio Maier, el imputado “(...) *se ve sometido a una propuesta compensatoria, bajo la ‘espada de Damocles’ de la aplicación de una pena, en una sentencia eventual cuyo signo – absolución o condena – él no domina ni puede calcular totalmente en la mayoría de los casos*”⁸⁰.

⁷⁹ Cf. Müller-Dietz. *Zur Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken – am Beispiel der Schadenswiedergutmachung (Par. 56b II Nr. 1 StGB)*. En: Jahr (Editor). *Gedächtnisschrift für Dietrich Schutz*. Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG, 1987, pp. 253-269..

⁸⁰Maier, Julio, *El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho Penal argentino*. En: Maier, Julio/Binder, Alberto. *El Derecho Penal hoy*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 47. Esta problemática es resaltada en Alemania por Schünemann. Citado por Wambach, Thomas, *Diskussionsbericht zum ersten Arbeitssitzung (13.3.1989/Vormitag)*. En: Eser, Albin/Kaiser,

Lo anterior es reconocido por el Grupo de Expertos que elaboró los principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentado en el año 2002, que indicó: “*El Grupo de Expertos era consciente de que la mayor parte de las veces los delincuentes se enfrentaban con la alternativa del enjuiciamiento y el castigo si no participaban, y estimó que, en ese sentido, debía entenderse que la palabra ‘coaccionar’ se refería únicamente a una coacción extrajudicial o indebida y no a las influencias derivadas de la posibilidad de enjuiciamiento, castigo u otros procedimientos judiciales*”⁸¹.

Con respecto a ello debe indicarse que en la justicia restaurativa es fundamental la participación voluntaria del autor y de la víctima. La necesidad del consentimiento del imputado es enfatizada por las Reglas de Tokio, al indicar: “*3.4 Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento*”. Desde esta perspectiva no podría imponérsele al imputado el cumplimiento de determinadas obligaciones no aceptadas por él⁸². Al carácter voluntario de la participación en el procedimiento restaurativo se refieren también los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa, por ejemplo la regla 7.

Debe resaltarse además que el presunto victimario puede en cualquier momento retirar su anuencia a seguir participando en el procedimiento restaurativo. Además en caso de incumplimiento del acuerdo, ello no puede ser considerado para aumentarle la pena. Se suma a todo ello que el trato más favorable que se da quien acude a un procedimiento restaurativo y llega a una solución restaurativa, se justifica desde la perspectiva de los efectos positivos que tiene todo ello para la sanación de las heridas de la víctima y del presunto victimario y la relación de todo ello con la consecución de efectos preventivos de prevención general positiva y de prevención especial positiva.

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

Günther/Madlener; Kurt. *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*. Friburgo en Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht, 1990, p. 87.

⁸¹Cf. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, op. cit., pp. 9-10. Sobre el tema: Llobet Rodríguez, Javier, *Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho*. En: Armijo, Gilbert/Llobet Rodríguez, Javier/Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Proceso Penal y Constitución*. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 213-217, en donde se indica que en definitiva el trato diverso que se da al imputado que interviene en la conciliación está justificado desde la perspectiva de la teoría de la fijación de la pena, ello siguiendo la concepción del no rebasamiento de la culpabilidad, que permite una sanción menor a la culpabilidad o incluso hasta prescindir de una sanción, cuando existe una falta de necesidad de la pena.

⁸² Sobre la voluntariedad como presupuesto necesario: Kemelmeyer de Carlucci, op. cit., pp. 194-196.

Se ha afirmado por algunos que en la justicia restaurativa se llega a quebrantar la presunción de inocencia, ya que las obligaciones que asume el presunto victimario como parte del acuerdo restaurativo, llegan a suponer restricciones de derechos, reuniendo el carácter de una sanción. Para ello se indica que la misma justificación de la y alternativo alemán de reparación y por la doctrina alemana, reconoce el carácter sancionador de las obligaciones que asume el supuesto victimario como consecuencia del acuerdo reparatorio, llegándose a indicar, como se dijo antes, que debido al carácter sancionatorio que tiene el acuerdo y a que el mismo puede cumplir adecuadamente funciones de prevención especial positiva y prevención general positiva, se hace innecesaria la imposición de una pena en delitos que no sean de gravedad. Esta relación entre las medidas alternativas que se disponen en el procedimiento penal y las penas (sanciones) que se imponen en el caso de sentencia condenatoria, se aprecia del listado de condiciones que se pueden imponer en la suspensión del procedimiento a prueba, previsto en el artículo 26 del Código Procesal Penal de Costa Rica. Todavía es más clara la relación entre las obligaciones que se asumen en la suspensión del procedimiento a prueba y el sistema de sanciones en la ley de justicia penal juvenil costarricense. Así el artículo 89 de dicha ley indica que al disponerse la suspensión del proceso a prueba, el juez puede decretar cualquiera de las órdenes de orientación y supervisión establecidas en la ley. Resulta así que se remite en cuanto a las condiciones a cumplir en el proceso a prueba a la regulación de la sanción de órdenes de orientación y supervisión, que forma parte de las sanciones que se pueden disponer en el caso de que se ordene una sentencia condenatoria. Debe tenerse en cuenta que la regulación de la suspensión del proceso a prueba en ley de justicia penal juvenil es uno de los instrumentos que se pueden utilizar para aplicar ideas de justicia restaurativa.

Todo ello plantea del problema de que en definitiva a través de institutos como la suspensión del proceso a prueba, se llegan a imponer sanciones, ello sin que se haya realizado un juicio oral en que se haya demostrado la culpabilidad del sujeto⁸³. En este sentido un sector importante de la doctrina a considerar, refiriéndose al archivo del proceso bajo el cumplimiento de condiciones previsto en la Ordenanza Procesal Penal alemana, que se violenta la presunción de inocencia, ya que se impone una sanción sin la necesaria demostración de la culpabilidad, ello a alguien que se haya protegido con la mencionada presunción⁸⁴.

Algunos tratan de justificar los acuerdos reparatorios producto de la justicia restaurativa con el argumento de que los mismos proceden cuando hay prueba suficiente en contra del imputado, de modo que la presunción de inocencia ha venido a menos. Igualmente se ha indicado que para la aplicación del procedimiento restaurativo en principio debe existir concordancia entre el imputado y la víctima con respecto a una base

⁸³Sobre esta problemática: Llobet Rodríguez, Javier, *Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho*, pp. 208-213.

⁸⁴Cf. Dencker. *Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB*. En: JZ (Alemania), 1973, p. 150: Meyer. Grenzen der Unschuldsvormutung. En: Festschrift für Herberth Tröndle (Editor: H.H. Jescheck y otros). Berlín y otros, 1989, pp. 64-65

de los hechos, ya que no se puede llegar a aplicar dicho procedimiento cuando el imputado simplemente niega los hechos atribuidos o trata de utilizar el procedimiento para tratar de convencer a la víctima de su inocencia.

Dentro de las concepciones sobre la presunción de inocencia se encuentra la que Sax en Alemania denomina la psicológica, expresada también con anterioridad por Enrico Ferri y a la que con frecuencia acude la doctrina colombiana. De acuerdo con Sax cuando la fuerza de la sospecha de comisión del hecho aumenta de modo que se condensa en un convencimiento de la culpabilidad, la presunción de inocencia se debilita, para terminar disolviéndose en el convencimiento de la culpabilidad y viceversa⁸⁵. En el mismo sentido el colombiano *Hernando Londoño* ha indicado que pareciera que mientras más se va presentando la vinculación de un acusado al proceso que se le sigue, en esa misma intensidad va disminuyendo la presunción de inocencia⁸⁶. O en otras palabras - agrega - mientras va aumentando el contenido jurídico de la incriminación, va disminuyendo la presunción de inocencia, ello en la misma proporción a los grados procesales de la acusación⁸⁷. La presunción de inocencia - indica - se irá destruyendo gradualmente por la situación de captura en fragancia, por una orden de captura escrita, por la declaración indagatoria del imputado, por la elevación a juicio de la causa, por la comparecencia en calidad de acusado en la audiencia pública, por la sentencia condenatoria, etc.⁸⁸. Esta posición ha llevado a algunos a justificar la posible renuncia a la presunción de inocencia por parte del imputado cuando llega a aceptar los hechos atribuidos⁸⁹.

⁸⁵ Cf. Sax, op.cit., p. 987. En el sentido de un concepto psicológico de la presunción de inocencia debe entenderse lo indicado por *Kühne*, al decir que al valorarse la sospecha de culpabilidad se hace un balance entre la culpabilidad y la presunción de inocencia: *Kühne*, H.H.: Die Definition des Verdachtsals Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen. En: NJW (Alemania) (1979), p. 622; *Kühne*, H. H.: Strafprozeßlehre. Heidelberg, 1993, Par. 23, No. 183. Un concepto psicológico de la presunción de inocencia puede encontrarse en las "*bases o principios para un código tipo de derecho procesal penal en los países iberoamericanos*", elaboradas por el profesor español *Víctor Fairén Guillén*. Cf. Fairén Guillén, V.: Principios básicos para un proyectado "Código Tipo" para los países iberoamericanos y sus relaciones con los derechos fundamentales. En: Revista de Derecho Procesal (España), No. 1 (1990), p. 16; Fairén Guillén, V.: Bases o principios para un Código-Tipo de Derecho Procesal Penal en los países iberoamericanos. En: Derechos Fundamentales y Justicia Penal (Editor: ILANUD). San José 1992, p. 405.

⁸⁶ *Londoño Jiménez*, De la captura a la excarcelación. Bogotá, 1983, p. 30. En el mismo sentido: *Londoño Jiménez*, H.: Principios de garantía jurídico procesal. En: Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 11 (1981), pp. 289-295; *Tocora*. Política criminal en América Latina. Bogotá, 1990, p. 101; *Velásquez Velásquez*, Principios rectores de la nueva ley procesal penal. Bogotá, 1987, pp. 28-29.

⁸⁷ *Londoño Jiménez*, H.: De la captura a la excarcelación, p. 31.

⁸⁸ *Londoño Jiménez*. De la captura..., p. 31.

⁸⁹ Esta argumentación de que con la confesión del imputado se renuncia a la presunción de inocencia ha sido utilizada por algunos, por ejemplo por *Gerlach*, para indicar que con los acuerdos (por ejemplo el acuerdo sobre el procedimiento abreviado), el imputado renuncia a la presunción de inocencia. Cf. *Gerlach*. Absprachen im Strafverfahren. Frankfurt del Meno, 1992, pp. 66-67.

Debe reconocerse que los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa de 2002 indican

“7. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente (...)”.

Sin embargo, la exigencia de que hayan pruebas suficientes para inculpar al delincuente para que pueda aplicarse el proceso restaurativo no debe entenderse en el sentido de que la presunción de inocencia ha decaído como consecuencia de ello, sino más bien como un requisito que es consecuencia del principio de proporcionalidad, la aplicación del procedimiento restaurativo cuando no existiera prueba suficiente incriminatoria. Si no existiera un requisito de esta índole se llegaría efectivamente a unas redes más amplias y sutiles del control social. Debe tenerse en cuenta que el principio de presunción de inocencia, como lo indica la doctrina mayoritaria, es un principio constante, que se mantiene hasta tanto no se haya dictado sentencia condenatoria firme. En este sentido Krauß formula, con acierto, una concepción normativa de la presunción de inocencia, la que implica un decisivo factor normativo, constante durante el transcurso de todo el proceso. La pretensión punitiva - indica - surge con la sentencia condenatoria, y no proporcionalmente al paulatino convencimiento creciente de la autoría por parte del tribunal⁹⁰. De acuerdo con ello no puede justificarse la aplicación del procedimiento restaurativo con base a una renuncia del imputado a la presunción de inocencia, ni a la exigencia de prueba suficiente en su contra que hace que se haya relativizado dicho principio.

A pesar de ello es absurdo que se llegue a negar la posibilidad de la reparación como causal de archivo del asunto y que como consecuencia de ello se exija que se tenga que continuar el proceso y se pueda llegar a imponer una pena, que podría ser privativa de libertad. Como lo indica Luciano Varela señala, refiriéndose a la suspensión del proceso, *“(...) resulta difícil explicar que se limite aquella autonomía so pretexto de garantía del individuo al que se le niega. Así, aun cuando éste rechazo el estrépito del proceso o la demora de su resolución, deberá soportar uno y otra en aras de la protección frente a sospechados ataques a su libertad. Algo así como empeorar al enfermo suministrándole dosis de salud”*⁹¹.

⁹⁰Krauß, D.: Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren. En: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Editor: H. Müller-Dietz). Colonia y otros, 1971, p. 158. En este sentido también: Burmann, M.: Die Sicherungshaft gemäß § 453 c) StPO. Gelsenkirchen, 1984, p. 22; Gropp, W.: Zum verfahrenslimitierten Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung. En: JZ (Alemania) (1991), pp. 805-806; Linß, T.: Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis. Tesis doctoral. Gotinga, 1991, p. 40.

⁹¹ Varela. *Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso*. En: La victimología (Editor: Consejo Nacional del Poder Judicial). Madrid, 1993, p. 117.

La doctrina latinoamericana tiende a afirmar que el principio de proporcionalidad es consecuencia del de presunción de inocencia⁹², mientras que la alemana señala por el contrario que la presunción de inocencia deriva del principio de proporcionalidad⁹³. Se trata en realidad de dos principios diversos, protectores ambos en el proceso penal del imputado, en cuanto a imponer límites a la injerencia estatal. Demostración de que se trata de dos principios diferentes y que incluso pueden entrar en conflicto, es la problemática mencionada con respecto a la justicia restaurativa. De importancia es que al ser la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad dos principios protectores del imputado, en los casos de conflicto entre ambos debe estarse al principio más protector de los dos⁹⁴. Por ello en lo relativo a la justicia restaurativa, el posible quebranto a la presunción de inocencia no debe llevar a negar la posibilidad de dicha suspensión⁹⁵, ello con base en el principio de proporcionalidad.

En esta relación entre los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad, es importante considerar la existencia de una decisión del imputado en cuanto a participar en el procedimiento restaurativo, debiéndose considerar dicha opinión en cuanto a qué es lo más beneficioso para él, debiendo además considerarse como

⁹² Araujo Junior. Los movimientos de reforma del procedimiento penal y la protección de los Derechos del Hombre en Brasil. En: RIDP (Francia), 1993, p. 986; De la Rúa/Maier. Informe sobre las “Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación en materia procesal penal. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, 1982, pp. 90-91; Minvielle. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el enjuiciamiento penal. En: Doctrina Penal (Argentina), No. 41, 1988, p. 93; Maier. Derecho Procesal penal argentino. Buenos Aires, T. Ib), 1989, pp. 287-294; Maier. Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso. Buenos Aires, 1981, p. 139; Rojas/García. Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad. En: Doctrina Penal (Argentina), 1991, p. 206.

⁹³ BVerfGE 20, 45 (49); BVerfGE 20, 144 (147); BVerfGE 36, 264 (270); BVerfGE 53, 152 (158); Corts/Hege. Die Funktion des TatverdachtsimStrafverfahren. En: JA (Alemania), 1976, p. 308. Se ha visto como un quebranto a la presunción de inocencia cuando la prisión preventiva parece un sacrificio inexigible para una persona que ex post resulte inocente. Cf. ArbeitskreisStrafprozessreform. Die Untersuchungshaft. GesetzentwurfmitBegründung. Heidelberg, 1983, p. 32; Böing. Der Schütz der MenschenrechteimStrafverfahren. en: ZStW (Alemania), 1979, p. 380, Burmann, op. cit., p. 22; Dahs. Das “Anti-Terroristen-Gesetz” - eineNiederlage des Rechtsstaats. En: NJW (Alemania), 1976, p. 2146; Geppert. Grundlegendes und AktuelleszurUnschuldsvermutung des Art.6 Abs. 2 der Europ.Menschenrechtskonvention. en: Jura (Alemania), 1993, p. 161; Grünwald. MenschenrechteimStrafprozess. En: StV (Alemania), 1987, p. 457; Krauss. Der Grundsatz der UnschuldsvermutungimStrafverfahren. En: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Editor: H. Müller-Dietz). Colonia, 1971, p. 176; Kühne. Die Definition des VerdachtsalsVoraussetzungstrafprozessualerZwangsmassnahmen. En: NJW (Alemania), 1979, p. 617; Müller. Der Grundsatz der WaffengleichheitimStrafverfahren. En: NJW (Alemania), 1976, p. 1066; Rönnau. Die AbsprachenimStrafprzess. Kiel. Tesis doctoral, 1990, pp. 173-174.

⁹⁴ Cf. Llobet Rodríguez. La prisión..., pp. 267-270; Llobet Rodríguez. Die Unschuldsvermutungund die materiellenVoraussetzungen der Untersuchungshaft. Friburgo en Brisgovia (RFA), Editorial del Max Planck InstitutfürStrafrecht, 1995, pp. 160-161.

⁹⁵ Llobet Rodríguez, J.: La reforma procesal penal, p. 31, nota al pie 66.

determinante en particular que en cualquier momento puede revocar dicho consentimiento. Además que en definitiva el resultado restaurativo, aunque implique una “sanción”, no es propiamente una pena y no implica una privación de libertad, a lo que se une que el incumplimiento del acuerdo simplemente debe llevar a que continúe el procedimiento y no puede ser utilizado para un aumento de la pena en caso de que se dicte una sentencia condenatoria. Sobre ello los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa indican:

“17. El incumplimiento de un acuerdo concertado en el curso de un proceso restaurativo deberá someterse al programa restaurativo o, cuando así lo disponga la legislación nacional, al proceso de justicia penal ordinario, y deberá adoptarse sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no deberá utilizarse como justificación para una condena más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal”.

Se une a ello que en caso de que no exista acuerdo, las conversaciones que se hayan sostenido no pueden ser utilizadas en contra del imputado. En este sentido los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa indican:

“8. (...). La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores»⁹⁶.

Para la aceptación de las ideas de justicia restaurativa es fundamental que el incumplimiento de un acuerdo no podrá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena. Así los principios básicos de la ONU sobre la justicia restaurativa indican:

“16. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, el caso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El solo hecho de no haber alcanzado acuerdo no será utilizado en ulteriores procedimientos de justicia penal”.

Por otro lado, para justificar la aplicación de las ideas de justicia restaurativa, aun con los problemas que presenta con la presunción de inocencia, es fundamental que aunque el imputado asume obligaciones que implican una restricción de derechos, su incumplimiento no puede llevar a que se le agrave la pena, sino implica solamente la continuación del proceso penal.

⁹⁶ Sobre el secreto de las deliberaciones producidas bajo el marco de la justicia restaurativa: Larrauri. Tendencias..., pp. 450-451.

XVI. CONCLUSIONES

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

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

Debe actuarse con cuidado con las ideas de justicia restaurativa, ya que deben realizarse una serie de juicios de ponderación de derechos constitucionales en la misma, debiéndose ser vigilante para que lejos de convertirse en una expresión del principio de proporcionalidad, que lleva a la prioridad de la diversión con y sin intervención en la justicia penal juvenil, se llegue a convertir en una extensión del control punitivo, como pretenden algunos al invocarla.

BIBLIOGRAFÍA

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

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

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

Araujo Junior. Los movimientos de reforma del procedimiento penal y la protección de los Derechos del Hombre en Brasil. En: RIDP (Francia),, 1993.

ArbeitskreisStrafprozessreform. Die Untersuchungshaft. GesetzentwurfmitBegründung.Heidelberg, 1983.

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

Arias Madrigal, D. Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa. En: Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (compiladoras) *Justicia restaurativa en Costa Rica*. San José, CONAMAJ, 2006, pp. 164-185.

Baratta, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Montevideo/Buenos Aires,Editorial, B de f, 2004.

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

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

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

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

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

Beccaria, De los delitos y de las penas (Traducción de Juan Antonio de las Casas). Madrid, Editorial Alianza, 1988.

Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (Compiladoras). Justicia restaurativa. Acercamientos teóricos y prácticos. San José, CONAMAJ, 2007.

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

Böing. Der Schütz der Menschenrechte im Strafverfahren. en: ZStW (Alemania), 1979.

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

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

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

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

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

Burmann, M.: Die Sicherungshaftgemäß § 453 c) StPO. Gelsenkirchen, 1984.

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

Cario, Robert. Justicerestaurative. París, 2005.

Castro Fernández, Juan Diego. Trauma por la inseguridad ciudadana y la violencia. Impunidad y política criminal. En: Med. leg. Costa Rica v.20 n.2 Heredia set. 2003.

Castro Fernández, Juan Diego. Palanca, 31 de julio de 2009.

Castro Fernández, Juan Diego. ¿Inseguridad o temor? Impunidad, politiquería, posibles soluciones. En: Med. Leg. Costa Rica, v. 26, n. 2, Heredia, 2009.

Chinchilla Fernández, Max. Justicia restaurativa en Costa Rica. Instauración de la justicia restaurativa en el Ministerio Público de Costa Rica. Principales retos. San José, Tesis para optar al título de Maestría en Derecho Penal, Universidad Internacional de las Américas, 2009.

Christie, Nils, *Los límites del dolor*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

Christie, Nils, *Los conflictos como pertenencia*. En: Eser y otros. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992, pp. 157-182.

Christie, N. Una cantidad sensata de delitos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

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

Corts/Hege. Die Funktion des TatverdachtsimStrafverfahren. En: JA (Alemania), 1976.

Costello, B./Wachtel, J./Wachtel, T. Manual de prácticas restaurativas para docentes, personal responsable de disciplina y administradores de instituciones educativas. San José, International Institute for Restorative Practices, 2010.

Dahs. Das "Anti-Terroristen-Gesetz" - eine Niederlage des Rechtsstaats. En: NJW (Alemania), 1976.

De la Rúa/Maier. Informe sobre las "Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación en materia procesal penal. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, 1982.

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

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

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

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

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

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

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

Fairén Guillén, V.: Principios básicos para un proyectado "Código Tipo" para los países iberoamericanos y sus relaciones con los derechos fundamentales. En: Revista de Derecho Procesal (España), No. 1 (1990), pp. 7-28.

Fairén Guillén, V.: Bases o principios para un Código-Tipo de Derecho Procesal Penal en los países iberoamericanos. En: Derechos Fundamentales y Justicia Penal (Editor: ILANUD). San José 1992, pp. 399-417.

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

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

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

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

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

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

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

Geppert. Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europ. Menschenrechtskonvention. en: Jura (Alemania), 1993.

Gerlanch. Absprachen im Strafverfahren. Frankfurt del Meno, 1992.

Grünwald. Menschenrechte im Strafprozess. En: StV (Alemania), 1987.

Hulsman, Louk/Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana*. Barcelona, Ariel, 1984.

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

Krauß, D.: Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren. En: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik (Editor: H. Müller-Dietz). Colonia y otros, 1971, pp. 139-178.

Kühne, H.H.: Die Definition des VerdachtsalsVoraussetzungstrafprozessualerZwangsmassnahmen. En: NJW (Alemania) (1979), pp. 617-622.

Kühne, H. H.: Strafprozeßlehre. Heidelberg, 1993.

La Biblia Latinoamericana. Madrid, Ediciones Paulinas, sf.

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

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

Larrauri. Tendencias actuales de la justicia restaurativa. En: Pérez Álvarez, F. (Coordinador). Serta. In memoriam AlexandriBaratta. Salamanca, 2004, pp. 440-464.

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

Linß, T.: Die vorläufigeEntziehung der Fahrerlaubnis. Tesis doctoral. Gotinga, 1991.

Londoño Jiménez, H.: Principios de garantía jurídico procesal. En: Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 11 (1981), pp. 274-300.

Londoño Jiménez, H.: De la captura a la excarcelación. Bogotá 1983.

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

Llobet Rodríguez. Die Unschuldsvormutungund die materiellenVoraussetzungen der Untersuchungshaft. Friburgo en Brisgovia (RFA), Editorial del Max Planck InstitutfürStrafrecht, 1995.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Maier. *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso*. Buenos Aires, 1981.

Maier. *Derecho Procesal penal argentino*. Buenos Aires, T. Ib), 1989.

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

Marat, Jean Paul. *Plan de legislación criminal* (Traductor: A. E. L.). Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

Marat, Jean Paul. *Plan einer Criminalgesetzgebung* (Traducción de Kolb y otros, hecha de la traducción al ruso). Berlín, 1955

Martínez, Mauricio, *La abolición del sistema penal*. Bogotá, Temis, 1990.

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

Mayorga Agüero, Michel. *Incorporación del modelo de justicia restaurativa en el proceso penal juvenil costarricense*. En: Ministerio Público. *Fiscalía Adjunta Penal Juvenil. Quince años de justicia penal juvenil en Costa Rica*. San José, 2011, pp. 67-104.

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

Minvielle. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el enjuiciamiento penal. En: Doctrina Penal (Argentina), No. 41, 1988.

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

Müller. Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren. En: NJW (Alemania), 1976.

Müller, Jean-Marie. El coraje de la no violencia. Santander, Editorial Sal Terrae, 2004.

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

Neuman, E. La mediación penal y la justicia restaurativa. México, Porrúa, 2005.

Pagano, Francisco Mario. Principios del Código Penal (Traducción: Zaffaroni). Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

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

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

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

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

Portilla, Osvaldo/Muñoz, Eduardo/Llobet Rodríguez, Javier. El Derecho Indígena en Costa Rica: resolución de conflictos en el pueblo Bibri. En: Borja, Emiliano (Compilador). *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 83-102.

Pranis, K. Manual para facilitadores de círculos. San José, CONAMAJ, 2009.

Pranis, K./Stuart, B./Wedge, M. Peacemaking circles. From Crime to Community. Minesotta, Living Justice Press, 2003.

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

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

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

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

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

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

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

Rojas/García. *Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad*. En: *Doctrina Penal (Argentina)*, 1991.

Rönnau. *Die AbsprachenimStrafprozess*. Kiel. Tesis doctoral, 1990.

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

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

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

Stuart, B./Panis, K. *Círculos de paz. Reflexiones sobre sus características y principales resultados*. En: Bernal Acevedo, F./Castillo Vargas, S. (compiladoras) *Justicia restaurativa en Costa Rica*. San José, CONAMAJ, 2006, pp. 122-146.

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

Tamarit, J. M./Villacampa, C. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*. Bogotá, Ibáñez, 2006.

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

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

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

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

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

Velásquez Velásquez, F.: *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*. Bogotá, 1987.

Velásquez Velásquez. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, 1995, p. 668.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zagrebelsky, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*. Barcelona, Ariel, 1996.