

Ponencia – Surgimiento del enfoque restaurativo en la justicia Penal. Análisis de algunas experiencias comparadas.

Eje N° 4 - Enfoque restaurativo, de cultura de paz y contextos sociales

Autor - Patricio Cury Pastene.

Obra - Ensayo

Las prácticas restaurativas, han ido ganando terreno cada vez más, a lo largo y ancho del mundo. Esto es paradójico, cuando en no pocos lugares, se está promoviendo un uso de derecho penal, como una herramienta, que más que buscar la protección de bienes jurídicos, persigue otras finalidades, tales como limitar o incluso eliminar la crítica u oposición al gobierno.

Pese al posible contrasentido que se suscita contemporáneamente, y que como se señala previamente, es claro que los afanes de participación y democratización, ganan terreno en la actualidad, más aún cuando estamos en presencia de una eclosión de movimientos sociales de diversa índole, que en sus manifestaciones, pueden dar origen a choques e incluso a violencia, que es en última instancia, conocida por los tribunales de justicia con competencia en lo penal.

Recordemos, para empezar, que en materia penal, el modelo asentado – y tradicional - para la aplicación de castigos a quienes cometen ilícitos está constituido, por una parte la llamada función confirmadora, que corresponde a la llamada “prevención positiva” que tiene como mira la vigencia de las directivas penales desobedecidas, que han sido dictadas por el poder soberano del Estado, de forma tal que impedir su incumplimiento, ya que de aceptar su transgresión implicaría validar su derogación fáctica, y por otra, la función intimidatoria, que corresponde a la llamada “prevención negativa”, ambas destinadas a establecer la posibilidad de ser castigado físicamente – o sea, a sufrir una pena – con miras a evitar la comisión de posibles ilícitos futuros, por medio del amedrentamiento del hechor, de forma que no reincida y de la sociedad – y potenciales delincuentes futuros - de forma que no delinca. Esto último constituye el llamado “modelo disuasorio”

En base a lo ya dicho el sistema o modelo disuasorio, tiene además, derivaciones en lo referido al resarcimiento derivado de la comisión de delitos, ya que del ilícito criminal, surgen por una parte, la responsabilidad penal, que corresponde al castigo corporal – o sea la pena que impone el estado – y por otra, la responsabilidad civil, que corresponde al resarcimiento monetario que víctima, puede percibir, por el daño efectivamente sufrido, la pérdida de ingresos e incluso el dolor o mortificación inferida.

Lo anterior se debe – en gran parte – a los postulados de Wright (1996), quien apunta que el litigio acusatorio penal, tiene por finalidad determinar dos variables, cuales son, la culpabilidad de los hechos y determinar cuál tesis acoje o rechaza acerca de la inocencia o culpabilidad de los intervinientes, sin mirar otros aspectos más allá y que son importantes también como serían, por ejemplo, la responsabilización de los victimarios o hechores, partiendo de una perspectiva inclusiva y colaborativa, que no implique destruir al imputado ni etiquetarlo, por medio del resarcimiento del mal – físico, económico o de cualquier orden – incorporando a quienes han sido perjudicados de cualquier manera.

Para el Consejo General del Poder Judicial Español (1992), es diferente hablar de legalidad que de retribución, dado que la primera implica posicionarse desde una perspectiva punitiva, por la cual es el Poder Público – a saber, el Estado – en ejercicio del monopolio de la fuerza, quién se ve compelido a actuar frente a la comisión de injustos, con la amenaza o efectiva sanción que sea acorde a la intencionalidad de quien lo ha cometido, a pesar de que fuere ineficaz o incluso perjudicial. Por otra parte, la retribución, es un concepto que excede los límites de la legalidad y se puede insertar, incluso, en el ámbito de lo moral o de lo político o lo social.

Roig Torres (2018), ubica en la postguerra de los años cuarenta, pero especialmente en la década de los setenta en Estados Unidos, el surgimiento del movimiento social en defensa de los derechos de las víctimas, que posteriormente se extendería a Europa. Lo antes dicho se ve ratificado por la celebración de reuniones primer simposio internacional de victimología de Jerusalén del año 1973, lo que es seguido de la creación de la Sociedad Internacional de Victimología, en el año 1980.

Como se señaló, las ciencias sociales recogen las prácticas restaurativas en diversos ámbitos, variando su denominación según sea el área específica a la cual aplica. Así, Denton, (1998) en materia de gestión, habla de “gestión horizontal”. Nelsen, (1996) usa la terminología “disciplina positiva”, mientras que Charney, (1992) hable de “aula receptiva”, a propósito del la pedagogía. Sirva, además de refuerzo de las prácticas restaurativas educacionales, el uso de círculos y grupos de tal naturaleza, permite apertura emocional, la vinculación emocional y la resolución de conflictos en los educandos, especialmente.

Por otra parte Simon (1994), a propósito del trabajo social, habla de “empoderamiento”, el cual se aprecia, en concreto, en casos que se vinculan con el sistema judicial, a propósito de situaciones de violencia intrafamiliar, ingreso de niños, niñas o adolescentes en instituciones de custodia extrafamiliar, o casos de negligencia en el cuidado, que según American Humane Association (2003) suelen consistir en mecanismos de cuidado, en favor de los menores de edad, por parte de su familia extendida, prescindiendo de los especialistas a cargo del proceso, dejando solos a la familia, de forma de estructurar una solución propia

y colaborativa, lo que consistiría en asumir, por ejemplo en procesos de toma de decisiones de grupo familiar (Family Group Decision - Making, FGDM), o bien, en las denominadas conferencias de grupo familiar (Family Group Circles, FGC)

Por último, en las ciencias jurídicas, se habla por Zehr, (1990) de “justicia restaurativa”, siendo manifestaciones de este tipo de procesos los círculos restaurativos y las conferencias restaurativas, los cuales consisten, como indica McCold (2003). en una o más reuniones, con fines prospectivos, a las cuales concurren el o los afectados, el o los posibles victimarios, sin perjuicio de incorporar a sus familias - nucleares o extendidas - con miras a determinar quién, como y de qué manera se ha visto afectado por el ilícito, determinar sus requerimientos y resarcir los perjuicios que se han causado. Lo antes descrito, y que sucede en la práctica, hace posible aquello a lo que apunta Maier (1995), en el sentido que se busca soslayar el castigo criminal - la pena -, aunque ha existido un ilícito penal, buscando una respuesta concreta y satisfactoria a una disrupción del orden social, con miras a lograr la armonía grupal, por medio del involucramiento a todos quienes han intervenido, tanto activa como pasivamente el ilícito, y que se extiende incluso a considerar a la comunidad, como posible partícipe.

Un autor de gran influencia es Walgrave (2008), ya que al efectuar una distinción entre justicia restaurativa y prácticas restaurativas, deslinda el ámbito de cada una de ellas y creando una relación género - especie, en el cual la segunda es más amplia que la primera, ya que partiendo de una mirada colaborativa e inclusiva, tales principios se aplican a la gestión de disputas a nivel, ya sea internacional, nacional, local, indígena, en el cual la aplicación a los procedimientos judiciales es una parte de ella. Otros - como veremos más adelante - estiman o ponen en relieve la labor de prevención general por medio de herramientas explícitas e implícitas, es decir, reguladas o no, que fomentan colaborativamente conductas prosociales de manera de evitar la generación de disputas y la comisión de ilícitos.

En oposición al modelo penal disuasivo - anteriormente explicado -, surge un “modelo integrador”, que pretende implantar una vía colaborativa entre todos los involucrados por un delito, hechor, víctima y también el resto de la comunidad, cuyo objeto es la reversión de los efectos nocivos que se derivan de la comisión de ilícitos, tanto para la víctima, obteniendo su resarcimiento, no solo material sino que también psicológico y simbólico, como también para la sociedad, reconduciendo el delito, como un conflicto social relevante que debe ser pacificado, ya que si ello no se resuelve se mantiene una alteración en la armonía grupal. Por último, en cuanto al hechor, el objeto de este modelo integrador, se busca que por medio de la confrontación con la víctima, se proceda a internalizar y sopesar los hechos que cometió, siendo capaz de reponsabilizarse por aquello que cometió.

De esta forma, como se señaló antes, la justicia restaurativa cabría ser entendida como una específica aplicación de las prácticas restaurativas, en materia procesal, de forma que es una consecuencia de haberse cometido un ilícito generando medidas formales o informales tras haberse cometido un delito .

Así, la justicia restaurativa, se ha extendido a nivel mundial, dentro del derecho punitivo, por una serie de razones, que parten, con la decadencia dogmática y empírica del derecho penal “tradicional”, en el cual el encarcelamiento es entendido como la forma de castigo principal y por autonomía.

Podemos señalar como manifestaciones de esta expansión, múltiples manifestaciones a nivel internacional. Así, por ejemplo, primeramente a nivel global, podemos hallar, la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, presentada en 1984 por la Sociedad Internacional de Victimología y adoptada por la O.N.U. en 1985.

A nivel Europeo, encontramos Convenio europeo sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos -Convenio 116- del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983 y la Recomendación No R (85)11, sobre la condición de la víctima en el marco del Derecho penal y el proceso penal) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de junio de 1985. Más modernamente, podemos encontrar, a propósito del estatuto de las víctimas, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de Europa, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en el proceso penal, incluido el derecho de protección e indemnización y por último tenemos el Informe de la Comisión Europea de 2009, que indica la inexistencia en todos los estados miembro de normativa que regulase los derechos de la víctima de modo sistemático.

La situación en Alemania, está marcada por la existencia del TOA "Täter-Opfer-Ausgleich" (TOA) o "Compensación Ofensor Víctima" primeramente aplicado en el año 1990, en la justicia Juvenil y posteriormente extendido al derecho penal general en 1994, y que se ve potenciado por las disposiciones del Código Procesal Penal Alemán. Sobre este punto, Jescheck-Weigend (2002) a propósito del resarcimiento de las víctimas, releva que, sin existir, un procedimiento formal de Mediación penal al interior del proceso penal, en Alemania los tribunales penales puede atenuar la pena, conceder la suspensión de la misma (artículos 56 y 56 b del StGB) o la libertad condicional (Artículo 57 del StGB) o remitir la sanción – en caso de delitos de bagatela - si se ha verificado o intentado un resarcimiento del daño inferido realizada por el culpable, o bien se exploró un acuerdo compensatorio con la víctima (Artículos 153a del Código de Procedimiento Penal Aleman, *Strafprozessordnung* -StPO-, y 46 a, 59 y 59 a del Código Penal, *Strafgesetzbuch* -StGB-). Esta compensación, supone que se realizan pagos que el hechor debe realizar como contraprestación al archivo del proceso penal por el fiscal o por el tribunal, en base a una propuesta a iniciativa del persecutor, que debe ser voluntariamente aceptada por el hechor.

Por otra parte, como indica Catalina Benavente (2014), el (TOA) o "Compensación Ofensor Víctima" abre la puerta que el proceso restaurativo, sea en la práctica llevado a cabo por centros especializados – públicos o privado - en cada uno de los Länder (o estado federados), mientras que la Oficina Central de la TOA se encarga de que sean cada uno de los Estados Federados, se aseguren de aprovisionar una oferta suficiente de profesionales capacitados, para llevar a cabo, dirigiendo, las negociaciones de la Compensación Ofensor Víctima.

Al otro lado del Atlántico, en los Estados Unidos, el sistema procesal penal, autoriza al juzgador penal a aplicar la restitution, consistente en un resarcimiento imperativo de los perjuicios causados a la víctima, y que podrá agregarse a la pena corporal el caso de delitos graves, o bien en reemplazo de esta, si se trata de menos de menor penalidad, lo que deberá consignarse en la sentencia si no se acordase voluntariamente entre las partes. A su vez, en el Título 18 del United States Code, parágrafo 3579 a (2) y b, 3663 A (a) (1) y (c) (1)), obliga su aplicación en caso de tratarse de delitos violentos, delitos contra la propiedad, y delitos de alteración de productos para el consumo, estableciendo la prelación de la reparación respecto de las multas, en el evento que ambas se impusieren de forma concurrentes. Estas características del procedimiento penal Norteamericano, fomentan la negociación entre víctima y victimario, con miras a lograr resarcimiento, con efectos punitivos atenuantes o incluso, eximentes.

Altamirano (2014), señala que el uso de prácticas restaurativas para la resolución de controversias de índole penal, se vincula con la política criminal, dado que esta última determina cómo el sistema punitivo y el derecho penal, enfrentan la delincuencia, debiendo en todo caso, existir la mayor convergencia posible entre ambas.

En el mismo sentido, han abonado que el derecho Penal, se abra hacia las prácticas restaurativas, otros factores concurrentes, tales como, dar un reconocimiento procesal de la víctima, equiparando su protagonismo al rol del Imputado (que es victimario a su vez), y dándole la oportunidad de intervenir más activamente en la defensa de sus intereses.

Como consecuencia de lo anterior, se potencia una adhesión a estas prácticas, por su positiva percepción en las encuestas de satisfacción efectuadas, en los participantes de las experiencias pilotos, sin perjuicio de además redundar en un apoyo de diversas instituciones internacionales, que reconocen – como todos aquellos que han participado en procesos restaurativos, principalmente mediaciones en el ámbito penal – su flexibilidad y posibilidad de utilizar a distintos caso y contextos.

Battola (2011), plantea a propósito de la racionalización del ejercicio de la acción penal, que debiese considerar el binomio conflicto – colaboración entre víctima y victimario. En esta misma línea, en el 2018, esta misma autora, sostiene que

promueve el cambio de paradigma el uso de practicas restaurativas, ya que mira la comisi3n de delitos como una manifestaci3n de un conflicto en la sociedad, y que por lo mismo, el sistema penal debe ofrecer una posible soluci3n por medio del sistema penal, de forma colaborativa y que reconozca a la victima, sin constituir un renuncio al ejercicio del poder punitivo estatal.

A modo de conclusi3n, podemos se1alar que el enfoque restaurativo en materia penal, es posible, de aplicar en diversos lugares o jurisdicciones, en el entendido que el sistema penal, si persiste en una visi3n unívoca, orientada en el Ius Puniendi, o sea en la sanción, no logra dar una respuesta a la víctima, la cual se autopercibe como ausente, marginada y con una sensaci3n de impunidad, y en cuanto a la sociedad, se entiende como un sistema ineficaz, que no logra generar una sensaci3n de paz social. En cuanto a la figura del delincuente, las prácticas restaurativas, pueden, en caso de escaso compromiso delictual, o en el origen de las carreras de los infractores, tener un efecto pedag3gico, que puede impactar sustancialmente en el hechor, impulsando su resocializaci3n, hacia conductas prosociales, o bien fomentando su reinsercion social, si tuviere una mayor exposici3n a conductas delictivas. Lo anterior, dependerá de una normativa procesal que fomente las practicas restaurativas, así como la justicia restaurativa, en materia penal, sin dejar de considerar un estatuto de la víctima que la valide y reconozca procesalmente.