

JUSTICIA RESTAURATIVA Y SISTEMA DE SANCIONES ALTERNATIVAS EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

Prof. Olga Marta Mena Pacheco^()*

(Recibido 20/06/07; aceptado 10/03/08)

(*) Profesora de Derecho Penal, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
Teléfono: 2207-4114
e-mail: omena@poder-judicial.co.cr

RESUMEN

Este artículo es un acercamiento desde la legislación Penal Juvenil a la justicia restaurativa. Se señalan los mitos e inquietudes que podrían ser obstáculo para la introducción de esta práctica en la cultura costarricense. Las alternativas al juicio, las de des-judicialización y las sanciones alternativas a la privación de libertad son intentos positivos existentes sobre los que debe continuar su discusión para perfeccionarlos y elaborar otras propuestas. ¿Podrá ser aplicada la justicia restaurativa cuando se descuenta una pena de internamiento en un centro? En conclusión es necesario devolver el conflicto a quienes les pertenece (víctima y victimario) la voluntad de ambas partes es lo más importante. Las posibilidades de solución de conflictos son diversas y las respuestas infinitas. Esa es la apertura que se trata de promover.

Palabras clave: Justicia restaurativa, sanciones alternativas, alternativas al juicio, desjudicialización, pena privativa de libertad, derecho penal juvenil, víctima, victimario.

ABSTRACT

The article presents an approach to restorative justice from juvenile criminal laws. It discusses the myths and uncertainties that could obstruct the implementation of this practice in Costa Rican culture. Alternatives to courts, “de-judicialization” and alternative sanctions to incarceration are positive intents which should be discussed and developed further in order to enhance them and to create supplementary proposals. Could restorative justice be applied while serving a sentence in a criminal complex? In conclusion, it is necessary to remand the conflict to the ones who really have a stake on it, (victim and offender) and to acknowledge that the will of both parties is of most importance. Possibilities in conflict resolution are endless and this is the rationale we try to promote.

Key words: Restorative justice, alternative sanction, alternatives to court, de-judicialization, juvenile penal criminal, victim, offender.

SUMARIO

Introducción

- I. ¿Qué se entiende por justicia restaurativa?
- II. Mitos e inquietudes que impiden crear una cultura de justicia restaurativa
- III. Los centros de internamiento de menores, modelo arraigado en nuestra cultura. Ejecución de la sentencia. El fenómeno de información de las masas y alternativa propuesta
- IV. Mecanismos judiciales des-institucionalizadores en el derecho penal juvenil
- V. Personas que pueden intervenir en el desarrollo del programa restaurativo

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Se inicia el diálogo nacional para reformar y modernizar el sistema judicial en Costa Rica en 1994. El primer gran cambio se produce el 1 de mayo de 1996 con la entrada en vigor de la Ley de Justicia Penal Juvenil⁽¹⁾ que fuera adecuada a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989. Seguidamente viene la promulgación del Código Procesal Penal⁽²⁾ y continúa con el desarrollo de prácticas de Resolución de Conflictos (Programa RAC) que conducen a la promulgación de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.⁽³⁾ Posteriormente se encuentra el campo fértil para iniciar la capacitación de prácticas restaurativas y entre éstas los “círculos”⁽⁴⁾ utilizados para resolver conflictos de diversa naturaleza. No puede dejarse de mencionar que todas estas iniciativas han tenido el apoyo y han formado parte del plan de trabajo de la Comisión para el Mejoramiento de la Administración de Justicia.

La justicia y prácticas restaurativas son iniciativas que traen una serie de inquietudes que no siempre están sustentadas en elementos de realidad, es más, sobre este tema se manejan una serie de mitos, generalmente ocasionados por el miedo al cambio y por el miedo inducido por algunos de los medios masivos de comunicación y ciertos grupos de poder para poder controlar a la ciudadanía, quienes por el miedo permiten o guardan silencio cuando se les limitan o disminuyen ciertas garantías.

(1) Ley No. 7576 de 6 de febrero de 1996.

(2) Ley No. 7594 de 4 junio de 1996.

(3) Ley No. 7727 de 1997, de 9 de diciembre.

(4) Stuart Barry y Pranis Kay. *Círculos de Paz, Reflexiones sobre sus características y principales resultados*. Justicia restaurativa en Costa Rica. CONAMAJ. 2006. Pranis Kay. *Manual para Facilitadores de Círculos*. Publicación de la Comisión para el mejoramiento de administración de justicia. (CONAMAJ). Es un proceso que reúne a personas que desean resolver un conflicto, o desean reconstruir un vínculo, apoyarse, tomar decisiones o realizar acciones en donde la comunicación es honesta, el desarrollo de los vínculos y el fortalecimiento comunitario son parte esencial de los resultados que se esperan.

En esta ponencia se pretende señalar en primer lugar qué es la justicia restaurativa, los mitos e inquietudes que impiden crear esta cultura. Los centros de internamiento de menores. La ejecución de la sentencia y el fenómeno de información de las masas, se propone además, una posible alternativa. Por último se mencionan los mecanismos judiciales alternos que hasta la fecha existen. Es nuestro interés poner a discusión este tema y tratar de eliminar los mitos y prejuicios que se señalan para que este proceso pueda llegar a convertirse en una cultura o en una filosofía de paz social y convivencia.

I. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR JUSTICIA RESTAURATIVA?

a) Definición

Es un movimiento que puede incursionar en diferentes ámbitos, llámense éstos: el doméstico, el escolar, el universitario, el académico, el penal juvenil, el derecho penal para adultos, el laboral y el empresarial. Dentro del Derecho Penal Juvenil se reconoce que los conflictos en general causados por los menores de edad, así como el delito en específico causan heridas en la víctima, en las comunidades y en el mismo ofensor. La justicia restaurativa promueve la reparación del daño y permite que las partes involucradas participen en el proceso. En esta práctica hay tres sujetos procesales involucrados principalmente: la víctima, el ofensor y los miembros afectados de la comunidad. Todos ellos al ser personas interesadas directamente, participan y se involucran en la solución que se le dará al conflicto o delito cometido.

La Justicia Restaurativa es un paradigma –que por cierto no es novedoso– al haber sido practicado por los indios maori de Nueva Zelanda, por los indios estadounidenses, los canadienses y en general por las culturas aborígenes de Yukón, Nueva Guinea y Hawai.⁽⁵⁾ Leyendo la historia de otras instituciones, se puede afirmar que se encuentran vestigios de estas costumbres entre las tribus germánicas en la Edad Media.

Según el historiador romano Tácito, en las antiguas tribus germánicas sólo los delitos de interés público tenían verdaderas penas. Aquellas contra las personas o la propiedad originaban la venganza

(5) Stuart y Pranis, *ibidem*.

privada, provocaban la guerra individual, conocida con el nombre de faida. Más tarde, el derecho de guerra, o faida se perdía si el ofendido no lo ejercía inmediatamente. Esta era una lucha entre familias, clanes o tribus. Posteriormente fue admitido el rescate de las ofensas y la entrega de cabeza de ganado significaba el perdón de la faida y la indemnización del daño causado. Esto es lo que se conoce con el nombre de Composición o “Wergeld”, cuyo valor se realiza a favor de la víctima.⁽⁶⁾

Analizando lo anterior, lo que se propone con la justicia restaurativa, aunque con otro enfoque, es un retorno a esos métodos de composición del Derecho germánico de principios de la Edad Media y que fueron dejados de lado cuando irrumpe la inquisición y más tarde cuando se consolida ese modelo al ser adoptado por los nacientes estados nacionales. La composición de aquellos tiempos y la justicia restaurativa implican ambas la participación de las personas directamente involucradas en el conflicto, con la segunda –justicia restaurativa– se puede ampliar el número de participantes, lo fundamental es reconocer que cada hecho es único y que el enfoque debe variar según las circunstancias que rodean el conflicto.

b) ¿Que es lo que nos conduce a revitalizar esta práctica? Se pueden incluir aquí dos factores, en primer lugar, cuando se comete un delito, y se aplica la sanción los fines de la pena no se cumplen, el modelo es uno vindicativo, de castigo hacia el infractor. En segundo lugar, a las víctimas no se les repara el daño ni tampoco a sus relaciones.

El primer factor mencionado ha llevado a reflexionar porque en las diferentes legislaciones –hasta el día de hoy– nos enfrentamos al conflicto penal con un enfoque punitivo, retributivo o eliminatorio. Lo anterior vale tanto para el derecho penal de adultos, como para el penal juvenil, aunque con menor violencia en este último, pero en ambos con el gran inconveniente de que los conflictos no se solucionan sino que quedan en suspenso, las víctimas no se satisfacen, y el infractor no reconoce su error. El sistema punitivo –que tenemos internalizado– excluye cualquier otra alternativa o posibilidad de resolver los conflictos.

En vista de lo anterior, hay un sector importante de la doctrina que ha tendido a la exploración de otras alternativas tendentes a un enfoque rehabilitador y reparador.

(6) Mena Pacheco, Olga Marta. *La multa penal*, 1979, pág. 26.

Pensamos que en la sencillez del procedimiento, en el apoyo, en la enseñanza, en el estímulo, en la participación de la comunidad, en la asistencia de los conflictos y en la resolución del problema está, una de las respuestas para obtener el bienestar y la paz social tan ansiada por nuestras comunidades. La ventaja directamente derivada del paradigma de la justicia restaurativa es lo que nos conduce a la solución de la mayor parte de los conflictos, con un alto e importante grado de satisfacción de parte de la víctima y aceptación del error, arrepentimiento y muchas veces vergüenza por el daño causado de parte del victimario.

II. MITOS E INQUIETUDES QUE IMPIDEN CREAR UNA CULTURA DE JUSTICIA RESTAURATIVA

- a. La creencia de que el derecho penal en general y el penal juvenil en específico son la única vía para resolver los conflictos. No se maneja dentro de la ciudadanía que esas ramas del derecho, por el contrario, ejercen una función de legitimación y son un derecho penal simbólico porque después de procesos violentos, dañinos y lentos no resuelven los conflictos, más bien sirven para anestesiar a la población haciéndoles creer que se está haciendo al menos algo.
- b. Existe un reclamo de parte de la comunidad⁽⁷⁾ porque consideran que los encargados de sancionar a los infractores no están siendo efectivos, la impunidad consideran, debe resolverse con la punición efectiva, severa y universal.
- c. Existe un miedo hacia la criminalidad, fomentado por los medios comunicativos, que impresiona y conmueve a los miembros del Parlamento y al Poder Ejecutivo y los lleva a la elaboración de leyes que no observan el principio de legalidad/tipicidad, o promulgan leyes sin bien jurídico tutelado, en otras palabras, dictaminan un derecho penal de reacción; ese miedo a la criminalidad, impulsa a los legisladores además, a querer incursionar penalmente en zonas de la realidad que deberían confiarse al derecho civil, al administrativo, al comercial, al ambiental entre otras ramas del derecho.

(7) Son los medios de comunicación los que con la “notitia criminale”, ayudan a que la comunidad alimente sentimientos vindicativos, de venganza y de tolerancia cero.

- d. No se ve con buenos ojos el que a aquellas personas adultas o aquellos menores a quienes los medios de comunicación señalan como enemigos (me refiero a los sin techo, inmigrantes, los pobres, los tatuados) y a los infractores que cometen determinadas formas de criminalidad, sean tratados en forma restaurativa.
- e. Otra preocupación es que los mecanismos alternativos se conviertan en sustitutivos de la justicia formal. Ven al mediador, al facilitador⁽⁸⁾ o como lo llamen, como una persona que no tiene ninguna responsabilidad sino que podría lucrar alrededor del conflicto.
- f. Los abogados defensores tienen miedo que vayan a quedar sin clientes y pueden tratar de obstruir el que se llegue a un arreglo o se repare el daño; los fiscales consideran que cuando se cometen delitos muy graves no debe otorgarse ninguna concesión al infractor; los jueces por otro lado, pueden no creer en la conciliación o mediación, o tener miedo a ser censurados por usar tales mecanismos.
- g. En países donde el derecho penal juvenil no está rodeado de las garantías del procedimiento para adultos, y tienen problema de bandas juveniles (Honduras, El Salvador, Guatemala) la tendencia de los órganos estatales los conduce a la aprobación de un derecho penal juvenil de otra velocidad. ¿Que se quiere decir con “otra velocidad”? En muchos casos las leyes que se aprueban son una involución, o sea, son una regresión del derecho garantista, porque privan de algunas o de todas las garantías penales y procesales a los seleccionados. Eso en doctrina se conoce como un derecho penal de reacción, simbólico o como derecho penal de autor⁽⁹⁾ y por lo tanto, denota la crisis del estado social de derecho.
- h. Se señala que la justicia restaurativa se distorsionará cuando se promueva su uso por agencias gubernamentales que buscan

(8) Lo consideran un eufemismo.

(9) Zaffaroni Eugenio, Raúl. *Manual de Derecho Penal*. “...es una corrupción del derecho penal en que no se prohíbe el acto en sí, sino el acto como manifestación de una forma de ser del autor, que sería lo verdaderamente delictivo. El acto tiene valor de síntoma de la personalidad; lo prohibido y reprochable o peligroso sería la personalidad y no el acto”.

financiamiento o desean simplemente cumplir con ciertas directrices. El temor es que las agencias tradicionales del gobierno no cambiarán el modelo con que vienen funcionando, pero usarán la terminología de la justicia restaurativa. En igual forma el servicio comunitario o la reparación del daño se pueden tornar simples órdenes de la corte y tener poco impacto restaurativo.

III. LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE MENORES, MODELO ARRAIGADO EN NUESTRA CULTURA. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA. EL FENÓMENO DE INFORMACIÓN DE LAS MASAS Y ALTERNATIVA PROPUESTA

a) Los centros de internamiento de menores. Estos internados participan de todas las características de la cárcel y responden a un “movimiento” de control social que se desarrolla desde el siglo XVIII, son la respuesta a una necesidad de vigilancia, de control y de disciplina de los individuos que conduce a una sociedad autoritaria, vertical y represiva.

La pena de prisión a pesar de no producir ningún efecto positivo en el interno y ser tan criticada conduce a preguntarnos: ¿por qué subsiste?, y ¿cuál es la razón de su éxito? Se cree que proporciona a los ciudadanos tranquilidad de no pertenecer a los que están reclusos, eso es lo que nos hace diferenciarnos.⁽¹⁰⁾ Esa tranquilidad social, esa satisfacción de ser de los de afuera y no de los de adentro, nos produce bienestar.

Estos centros, en su mayoría, están poblados de infractores contra la propiedad, por delitos de poca gravedad y peligrosidad. Sin embargo, el concepto que se maneja en el común de las personas es que la cárcel es el lugar de homicidas y violadores, no quiere decirse que estos delincuentes no existan, pero los hay en un bajo porcentaje en relación con los primeros. Por lo demás, los autores de hechos que causan un verdadero impacto social, hechos muchos que ni siquiera son perseguidos y si lo fueron, no se denunciaron, por ende, esos infractores no están en prisión, y además, pertenecen a grupos sociales que no forman parte del grupo que se selecciona secundariamente.

(10) Issa El Khoury, Henry. *Penas Alternativas y Ejecución penal*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Diciembre 1992. Año 4, No. 6.

Los centros de detención o prisiones se convierten en los controladores sociales por excelencia y hace que la sociedad ignore el resto de controles ocultos existentes. El control está en la prisión que nació precisamente para eso, pero nuestra sociedad no es una cárcel, no es controladora...⁽¹¹⁾ La prisión justifica el sistema penal, tranquiliza a los ciudadanos porque se vive una guerra, el enemigo está en prisión, el resto de la población está protegida, ese, el interno, ya no nos va a dañar, se apacigua por tanto, el sentimiento de venganza por el daño que el infractor ha producido, aunque no sea por el propio daño, pero nos mostraron –por cualquier medio de comunicación masiva– cómo lo detuvieron, quiénes lo hicieron, cuántos efectivos de la policía participaron etc.

b) Mecanismos y beneficios aplicables en la ejecución de la sentencia. Existe una desconexión o incomunicación de lo que sucede dentro de los muros del sistema penitenciario y la actividad que realizan los jueces, éstos se limitan a aplicar la ley, pero ¿qué ocurre cuando se ejecuta la sentencia?

En relación con lo anterior hay una serie de mecanismos que han sido discutidos e introducidos en los códigos procesales, –la conciliación, la suspensión del proceso a prueba– que tienen poco uso porque se continúa con el proceso formal y se vuelve a caer en el encierro. Hay otros beneficios que se aplican al dictar la sentencia condenatoria –la condena de ejecución condicional– y cuando se está ejecutando o descontando la pena una vez cumplida la mitad de la condena, se puede ser candidato del beneficio de la libertad condicional. El panorama descrito aplicado también en la legislación para adultos, ha sufrido cambios positivos en el derecho penal juvenil. Por ejemplo, de acuerdo con las estadísticas respectivas, la condena de ejecución condicional es suficientemente utilizada en nuestro medio, sin embargo, la crítica que se le hace es que es una alternativa de muy corto alcance.⁽¹²⁾

Los mecanismos y beneficios aplicables durante la ejecución de sentencia dentro de la Justicia Penal Juvenil, han sido innovadores. Se han incluido las sanciones alternativas a la pena de prisión –aunque aplicados

(11) *Ibidem*, pág. 59.

(12) Procede en todos los casos en que es admisible para la justicia penal de adultos. Art. 64 LJPJ Lo anterior quiere decir “...cuando la pena no exceda de tres años y consista en prisión...”.

en forma tímida– pueden llevar a la introducción de otros mecanismos restaurativos, logro con el que aún no cuenta la población adulta.

c) El fenómeno de la información de masas refuerza y magnifica el sentimiento de inseguridad y el de venganza de parte de los ciudadanos, ese es un factor que repercute en los intentos de cualquier cambio de paradigma. En vista de lo anterior es que proponemos una capacitación y concienciación de los comunicadores de masas y el desarrollo del mecanismo de la justicia restaurativa con un procedimiento sencillo utilizar los recursos actuales con que se cuentan –las medidas alternativas a la pena de prisión– y tratar de ser creativos en la aplicación de los instrumentos. Se propone que se instruya, se apoye, se capacite, se involucre, se estimule y se busque la participación comunitaria en la asistencia de ciertos conflictos para así obtener respuestas integrales sostenibles y duraderas.

Consideramos que la ventaja directamente derivada de esta alternativa es lo que podría conducir a la solución de la mayor parte de los conflictos, con un alto e importante grado de satisfacción de parte de la víctima y aceptación del error, arrepentimiento y muchas veces vergüenza por el daño causado de parte del victimario.

IV. MECANISMOS JUDICIALES DES-INSTITUCIONALIZADORES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

La legislación penal juvenil cuenta con las herramientas legales para que se apliquen una serie de sanciones alternativas al juicio tal y como se señaló en el acápite anterior, y valen para descartar el encierro por considerarlo innecesario.⁽¹³⁾ Se considera esta legislación penal juvenil ha sido creativa por dos hechos: el primero de ellos porque autoriza aplicar alternativas al juicio y en segundo lugar se cuenta con una gama de sanciones aplicables para las infracciones mínimas o de mediana delincuencia y se dejan de lado las sanciones privativas de libertad como ultima ratio.

(13) 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. Convención de los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento jurídico mediante Ley 7148 vigente a partir del 2 de septiembre de 1990.

a) Las alternativas al juicio y las alternativas de desjudicialización. Las alternativas al juicio que ofrece la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica con carácter restaurativo son la conciliación,⁽¹⁴⁾ la suspensión del proceso a prueba⁽¹⁵⁾ y la reparación integral del daño. Se cuenta además con las alternativas de desjudicialización tales como criterios de remisión,⁽¹⁶⁾ la mediación, el criterio de oportunidad reglado⁽¹⁷⁾ entre otros. Esos institutos o dispositivos no significan que sean todos frecuentemente usados, pero abren la puerta para que jueces y otros sujetos procesales interesados en la justicia restaurativa exploren su implementación, se considera es necesario un cambio de actitud porque los más reacios a su utilización son los mismos operadores del derecho.

Muchas leyes especiales o códigos incluyen procesos restaurativos con claras directrices sobre la administración de los procesos. Los artículos del 61 al 67 de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica describe la conciliación para victimarios juveniles, señala los requisitos generales para los procesos y los pasos que se deben tomar cuando el acuerdo entre víctima y victimario se cumple y cuando no se cumple. Declara esta ley que el juez actuará como conciliador.⁽¹⁸⁾

-
- (14) *Ibidem*. Pág. 99. El único mecanismo de desjudicialización de carácter restaurativo. Art. 67 L.J.P.J. cuando el menor cumpla con las obligaciones pactadas en la audiencia de conciliación, el juez dictará una resolución dando por terminado el proceso y ordenando que se archive.
- (15) Este es otro mecanismo de desjudicialización de carácter restaurativo, porque a solicitud de parte el juez puede suspender el proceso a prueba en todos los casos en que se pueda conceder el beneficio de la ejecución condicional de la sanción.
- (16) Maxera Rita. *Mecanismos Restaurativos de las Nuevas Legislaciones Penales Juveniles: Latinoamérica y España*. ILANUD. Confraternidad Carcelaria Internacional. Señala que “los mecanismos de salida anticipada del proceso (desjudicialización) son similares aún cuando algunas veces no se denominan de la misma manera. La diferencia fundamental entre la remisión y el criterio de oportunidad es que la primera va acompañada justamente de la remisión a programas de apoyo”. Pág. 98.
- (17) Es una solicitud que se hace al Juez para que se prescinda, total o parcialmente de la persecución penal, la limite a una o varias infracciones o a alguna de las personas que hayan participado en el hecho, Artículo 54 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.
- (18) Artículo 62 LJPJ “...-el Juez Penal Juvenil, en su carácter de conciliador, invitará a las partes, previamente asesoradas, a un acuerdo...”

Otras legislaciones señalan que pueden ofrecer el servicio de conciliación o mediación los abogados o el personal del gobierno. Lo anterior puede impedir el reclutamiento de mediadores o facilitadores voluntarios, que la actividad restauradora se burocratice, o que los programas de servicios de mediación estén lejos de las comunidades que los solicitan y no formen parte de ellas.⁽¹⁹⁾

Una preocupación relacionada a la anterior es que la justicia restaurativa se distorsionará cuando se promueva su uso por agencias gubernamentales que buscan financiamiento o cumplir con ciertas directrices. El temor es que las agencias tradicionales del gobierno no cambiarán el modelo con que vienen funcionando, pero usarán la terminología de la justicia restaurativa. Esto se ha visto en Inglaterra donde la policía está trabajando con programas restaurativos –las reuniones restaurativas o la advertencia restaurativa–. Investigadores han encontrado que algunos oficiales de la policía que trabajan como facilitadores no incorporaron principios de justicia restaurativa en las reuniones y las manejan de forma punitiva.⁽²⁰⁾ Lo anterior se considera puede ser un

En Nueva Zelanda, muchos programas de reuniones restaurativas son administrados por grupos comunitarios subcontratados por el gobierno para ofrecer servicios de justicia restaurativa. Esto no se considera aconsejable porque podría verse como una privatización de la justicia y alimentaría la preocupación que algunos tienen y afirman que los mecanismos alternativos se podrían llegar a convertir en sustitutos de la justicia formal.

- (19) Parker Lynette. Confraternidad Carcelaria Internacional. *El uso de prácticas restaurativas en América Latina*. “...investigadores estudiando experiencias cotidianas de violencia en Colombia y Guatemala encontraron que las personas viviendo en comunidades colombianas no estaban conscientes de la amplia gama de servicios ofrecidos por las Casas de Justicia...” ¿Que son las Casas de la Justicia? Programas que ofrecen servicios de resolución alternativa de conflictos y tienen jurisdicción para algunos casos penales, esas instituciones tienen el potencial de ofrecer alternativas restaurativas a sus ciudadanos. Sin embargo, existen un desconocimiento de estas alternativas comunitarias. Taller sobre Justicia Restaurativa en Bolivia. 2005.
- (20) The Economist. Febrero 05, 2005. *Taking liberties*. En Inglaterra la Orden contra el comportamiento antisocial (OCA) de ellas la más importante es la ASBO se usa para restringir las libertades de las personas. Las OCAs le permiten a la policía atrapar a las personas por infracciones demasiado leves para ser criminales. Las órdenes han sido impuestas a

peligro para legislaciones que aplican la conciliación obligatoria, en igual sentido los mecanismos que ofrecen resultados restaurativos como el servicio comunitario o la reparación del daño –descrita en Costa Rica– se pueden tornar en simples órdenes de la corte y tener poco impacto restaurativo. Vuelvo a llamar aquí la atención que esta cultura restaurativa es un trabajo de internalización, se necesita los partícipes comprendan lo que se hace y lograr los objetivos que se buscan.

Existe la preocupación manifestada en diferentes foros de parte de los propulsores de este proceso que cuando se legisle al respecto se destruya la creatividad y la innovación al convertirse en legislación demasiado específica. El temor es que al describir el proceso que ha de usarse, la legislación forzará a gerentes de programa o facilitadores individuales a perder de vista soluciones que serían de mayor beneficio para las partes del conflicto o para la comunidad. Un problema relacionado es la falta de claridad en los ordenamientos que autorizan a jueces u otros oficiales echar mano a estas alternativas. Por ejemplo, el Código de Proceso Penal de Guatemala le otorga al juez la libertad –bajo el criterio de oportunidad– para referir los casos a mediación o conciliación. Sin embargo, algunos jueces desconfían de los procesos de mediación y tienen preocupación de ser censurados por usar tales mecanismos.

Tal y como sucede con toda medida de reforma, el uso de la legislación para ampliar la justicia restaurativa tiene sus ventajas y desventajas. Sin embargo, el comprender tales problemas y el esforzarse por encararlos resultará en un gran beneficio para la implementación de la justicia restaurativa en una jurisdicción dada.

En síntesis se considera que mientras el sistema de justicia penal siga haciendo eco de las campañas de seguridad ciudadana, a las ideologías de la tolerancia cero y no se cuestione qué es lo que verdaderamente pone en peligro a la ciudadanía, vamos a seguir vendiendo una “justicia para marginados”, véase lo que sucede en Gran Bretaña,⁽²¹⁾ cuando en realidad los marginados lo que necesitan es cómo incorporarse a la sociedad.

vecinos mayores malhumorados, prostitutas, mendigos y hasta a madres que discuten con sus hijos. Posteriormente, algunas de estas personas han sido encarceladas por el incumplimiento de su OCA: pero más absurdo aún, un hombre fue sentenciado a 4 meses de prisión por aullar como un hombre lobo.

(21) Issa El Khoury, Henry. *Solución alternativa de conflictos penales. Una propuesta de marco teórico*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Diciembre 1992. Año 4, No. 6.

b) Las sanciones alternativas en el sistema penal juvenil costarricense y la justicia restaurativa. Contamos en primer lugar con las *sanciones socio-educativas*⁽²²⁾ y entre éstas se encuentran la amonestación y la advertencia que son llamadas de atención que el juez dirige al menor para que en lo sucesivo se acoja a las normas de trato familiar y convivencia social; la libertad asistida cuya duración máxima es de 2 años y al concederse la libertad, el menor queda obligado a cumplir programas educativos y a recibir orientación y seguimiento de parte del juzgado. Otra de las sanciones socio educativas es la prestación de servicios a la comunidad, ésta consiste en realizar tareas gratuitas de interés general, en entidades de asistencia, públicas o privadas, (hospitales, escuelas, parques nacionales, etc.) y por último, la reparación de los daños a la víctima que es una prestación directa de trabajo, a favor de ésta, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por el delito. En el caso de existir un acuerdo entre la víctima y el menor de edad, la pena podría ser sustituida por una suma de dinero, monto que el juez fijará y no podrá ser superior a la cuantía de los daños y perjuicio ocasionados por el hecho.

Nótese que todas las sanciones descritas podrían ser objeto o producto de una intervención restaurativa, en donde no es necesaria la participación del juez sino que una vez obtenido el acuerdo a que lleguen la víctima, el victimario y la comunidad, sea éste quien lo homologa. En nuestro caso se sugiere que podrían participar profesionales del Patronato Nacional de la Infancia, Directores o profesores de las escuelas o colegios de secundaria, profesionales pensionados, policía juvenil –siempre y cuando esté debidamente capacitada–⁽²³⁾ comunidad, familiares de la víctima y el victimario con las personas que lo apoyen, ya sean de la comunidad o familiares.

(22) Ley N° 7576. Ley de Justicia Penal Juvenil. Art. 121 inc. a).

(23) Lo que señalo no deja de producirme cierta inquietud por lo que está sucediendo en Gran Bretaña.

“El comportamiento antisocial (vecinos indeseables, mendigos, bandas juveniles, entre otros se ha convertido en una preocupación en este país. La policía carece de tiempo para recolectar la evidencia, los testigos se encuentran muy temerosos para testificar, los delitos son difíciles de probar y las sentencias no tan severas. En respuesta a tales dificultades, el gobierno ha creado una serie de herramientas legales, siendo la principal el Orden contra el comportamiento Antisocial (OCA) son una lista de restricciones adaptadas a un delincuente individual las

En segundo lugar contamos con las *órdenes de orientación y supervisión*⁽²⁴⁾ las que son mandamientos o prohibiciones impuestas por el Juez Penal Juvenil para regular el modo de vida, promover y asegurar la formación de los menores de edad. La duración de las órdenes tiene un máximo de 2 años. El cumplimiento se inicia un mes después de ordenadas y su incumplimiento acarrea la modificación de la orden.

Estas órdenes de orientación y supervisión que a continuación se enumeran, considero no son taxativas, sino que fueron señaladas por el legislador a modo de ejemplo: que el menor se instale en un lugar de residencia determinado o se cambie de él; que el menor abandone el trato con determinadas personas; que elimine la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados; que se matricule en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio; que adquiera un trabajo; que se abstenga de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito; que ordene el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.

cuales las puede obtener ya sea en una audiencia civil o al seguir una condena criminal. Se les puede prohibir la entrada a los barrios por un mínimo de 2 años, a los niños de 10 años en adelante que causen problemas, toquen timbres, utilicen el transporte público y teléfonos celulares e incluso que pronuncie ciertas palabras se les puede aplicar una OCA. El asegurar el OCA no es tarea fácil. La evidencia basada en reportes de otros que no fueron testigos (rumores por ejemplo) ahora son admisibles en la corte. Las consecuencias de salirse de la línea son serias: un máximo de 5 años en prisión por cometer algo que no necesariamente va en contra de la ley. Esta poderosa arma es muy popular: más de mil OCAs fueron repartidas en la primera mitad del 2004.

Esto les fascina a los Miembros de la Policía Militar, los cuales estaban hartos de escuchar historias de los residentes de los diferentes lugares acerca de adolescentes locales que han aterrorizado sus barrios con música ensordecedora, quebrando ventanas y escupiendo a los peatones. Los fiscales y la policía también están satisfechos. Tenían un poder débil para lidiar con los delincuentes de bajo perfil. Ahora son tan severos que debilitan los principios sobre los cuales se ha construido el sistema de justicia criminal". Ibidem. *The Economist. Taking liberties*, pág. 10 (Traducción libre).

(24) Ley N° 7576, art. 121 inc. b).

En relación con las sanciones alternativas mencionadas, imaginemos un proceso restaurativo. El facilitador capacitado prepara y reúne a la víctima, al ofensor, a los familiares cuando los haya, a los amigos y discuten todos sobre el delito, sobre el daño que se ha producido y todos los afectados manifiestan lo que piensan y sienten. Conociendo las partes involucradas las afectaciones del resto de los participantes se discutan los pasos a seguir para que las cosas se restablezcan y las personas se repongan. El facilitador es el que coordina y se asegura de que todos los presentes participen, cooperen y lleguen a una solución, a un acuerdo, que será cosecha o producto de los interesados. Es aconsejable el acuerdo sea por escrito y posteriormente sea homologado por el juez.

En tercer lugar se enuncian las *sanciones privativas de libertad*⁽²⁵⁾ y dentro de éstas hay varios tipos de internamiento: el internamiento domiciliario, es el arresto del menor de edad en su casa de habitación con su familia o en casa de cualquier otro familiar, cuando no existan familiares, podrá también ordenarse el internamiento en una vivienda o ente privados; tiene una duración hasta de 3 años. Otro tipo es el internamiento durante tiempo libre, éste se ejecuta en un centro especializado durante el tiempo libre que disponga el menor en el transcurso de la semana. La duración es hasta 3 años. Existe una interpretación auténtica contextual en la ley de lo que se entiende por tiempo libre y se señala que es aquel que no intervenga con el horario de trabajo, ni el escolar. El último tipo de internamiento es aquel que se practica en centros especializados, esta es una medida excepcional y se aplica cuando el menor haya cometido un delito doloso previsto o descrito en el Código Penal o leyes especiales para mayores de edad, sancionado con pena de prisión superior a 6 años. Esta medida también aplica cuando el menor haya incumplido injustificadamente las sanciones socio-educativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.

¿Se podrá aplicar la justicia restaurativa cuando según la legislación penal juvenil corresponde alguna sanción privativa de libertad? Ante esta pregunta mi respuesta es afirmativa y veremos por qué:

La justicia restaurativa puede ser transformadora para aquellos que encuadran su conducta en un tipo penal. Ese acontecimiento junto con su consecuencia ofrece una oportunidad de transformación de la

(25) Ley N° 7576 art. 121 inc. c).

víctima y del victimario, de las personas que los acompañan y de sus relaciones futuras. Se considera que el procedimiento restaurativo produce una mutación de estructuras, de valores, de comunidades y se piensa que es más impactante en los partícipes que el procedimiento ordinario⁽²⁶⁾ por lo que se cree que en algunos casos puede conducir a mayor paz porque el conflicto individual –el delito y sus consecuencias– se convierte con el proceso descrito en paz comunitaria.

Se cree conveniente que cuando se llegue a un acuerdo restaurativo, éste sea homologado por el juez o a la inversa, cuando el juez dicta la condena del menor de edad e impone una medida de encierro aquí también se pueda llevar a cabo reuniones restaurativas. El menor en encierro necesitará más apoyo que el que se encuentra en libertad y es útil que el cumplimiento de las sanciones o alternativas se revisen en forma sistemática, puede ocurrir que después de pocos meses, el encierro no sea necesario, podemos enfrentarnos a que el menor debe ser movido de un centro a otro especializado; necesario puede ser también el revisar los aspectos relevantes al trabajo del menor y los beneficios que la labor del menor interno implican.

El objetivo de las alternativas es fomentar en el menor acciones sociales que le permitan su desarrollo personal, el reinserirse en su grupo familiar, en la sociedad o al grupo social al que pertenece, con ellas debe necesariamente promoverse también, el desarrollo de sus capacidades.

Se proponen aquí grupos de apoyo de justicia restaurativa penal, pueden estar conformados por profesionales, maestros o funcionarios pensionados. El no dejar solo al infractor sino que al asumirlo como un miembro más de la comunidad durante su tiempo de encierro, consideramos conduciría a la reducción de la cantidad de delitos y a la disminución del impacto de los mismos, además, el compromiso de la ciudadanía amortiguaría el amarillismo mediático.

V. PERSONAS QUE PUEDEN INTERVENIR EN EL DESARROLLO DEL PROGRAMA RESTAURATIVO

En primer lugar el Juez de Ejecución de la pena para que homologue los acuerdos; debe contar con una serie de funciones y entre ellas, la principal, es el control judicial de la ejecución de la pena.

(26) Los procesos restaurativos se trata que sean sencillos, en lenguaje habitual, accesible y entendible para que los partícipes comprendan lo que está sucediendo y lleguen a un acuerdo.

En segundo lugar para implementar este proceso, se hace necesaria la participación de técnicos o profesionales de otras disciplinas tales como trabajadores sociales, antropólogos, criminólogos, sociólogos y representantes de la comunidad quienes trabajarían con el victimario (interno), víctima si existe, o cuando sea posible, familiares, cualquier otro afectado y representantes de la comunidad.

La propuesta descrita podría producir reacción de parte de los operadores del derecho y hasta llegar a señalar que se trata de privatizar la justicia y que es una práctica inconstitucional.

¿Qué es lo que se busca? No es la privatización o como actualmente se le llama la apertura sino que horizontalizar el poder magnificado del juez y dividirlo entre la víctima, el victimario, los familiares y la comunidad. Se busca democratizar la justicia.

¿Cómo hacerlo? Se puede llegar a elaborar círculos restaurativos formados por las personas afectadas por el delito y que sean ellas mismas las que aporten en la solución del incidente, que el victimario repare el daño y como parte del aprendizaje respete la dignidad y el valor de cada una de las personas que participan. Puede suceder que un solo círculo no sea suficiente, pero que al cabo de varias sesiones se llegue a redactar un acuerdo de reparación. Ese acuerdo lo homologa el juez de ejecución de la pena, le da su bendición. Se considera que este procedimiento puede llegar a aplicarse en toda clase de delitos hasta en los delitos graves.

Los procesos restaurativos son una cultura y es importante el que la comunidad sea incluida para que asuma y no estigmatice a los involucrados. El quehacer penitenciario implica una serie de disciplinas técnicas y lo que aporta y piensa la comunidad no puede ser sustituido por una capacitación adicional de los jueces de ejecución o de abogados defensores o fiscales y que en ocasiones ni siquiera forman parte de la comunidad donde laboran. El suscribirnos únicamente a la capacitación o dejar la individualización de la pena y justicia restaurativa solamente en manos de profesionales en derecho considero nos conduciría al fracaso.

CONCLUSIONES

Encontramos de fundamental importancia la discusión en Costa Rica de las diferentes alternativas a la prisión, que seamos creativos y elaboremos diferentes propuestas.

La justicia restaurativa incluye políticas desintitucionalizadoras que no siempre necesitan de apoyo legislativo y pueden servir para eliminar la violencia y deterioro que genera el internamiento.

En nuestro país algunos conflictos confiados al Juez Penal Juvenil han encontrado una solución negociada sin necesidad de enviar a los menores de edad a centros de detención. Se ha tratado de dar una respuesta saludable a la violencia del sistema y es un paso que nos conduce a una sociedad más solidaria.

Consideramos conveniente –a pesar de que la legislación de menores es de avanzada– ser todavía más creativos y buscar otras soluciones que sean más eficaces para la solución de los conflictos y no creer que la agravación de las penas o eliminación de beneficios penales y procesales es lo aconsejable –como se sugiere en la prensa– porque al hacerlo estamos utilizando el derecho penal en general y el penal juvenil en específico, como reacción.

Devolver el conflicto a quienes les pertenece (víctima y victimario), porque la voluntad de ellos es lo más importante para decidir qué hacer.

Con la justicia restaurativa no se está descubriendo el agua tibia porque lo que se propone –en algún momento de la historia ha existido–. Para resolver los problemas actuales se necesita revisar, modificar y modernizar lo que en algún momento nuestros antepasados aplicaron como métodos restaurativos y evitar los errores que antaño se presentaron para no volver a ellos.

Al querer introducir esta filosofía o cultura debe iniciarse un paradigma de procedimiento que incorpore una serie de soluciones a los conflictos que se presentan. Las posibilidades de solución pueden ser muy diversas y las respuestas pueden ser infinitas, esa es la apertura que hay que tener.

La justicia restaurativa debe siempre ser voluntaria, debe existir el consentimiento de la víctima y victimario porque en el momento en que

se convierta en obligatorio cuando la autoridad social o el Estado le atribuya el carácter de sanción a su favor o para que recompense su función de justicia, traerá la muerte de este instituto porque los fines de la satisfacción del daño quedarán de lado.

Los medios de comunicación frecuentemente enfatizan el uso de condenas largas y fuertes. Políticos buscan ganar el apoyo de electores enfocándose en políticas de mano dura. Este tipo de actitudes se refuerzan en nuestras comunidades dando lugar a la total falta de preocupación por personas cumpliendo condenas privativas de libertad. Este ambiente es altamente desfavorable para la implementación de programas y políticas de justicia restaurativa.

Debemos tener claro que la justicia penal continuará siendo necesaria. Lo que se busca es que sus mecanismos tengan objetivos restauradores. Esto significa que otros elementos sean utilizados antes, sustituir los existentes por otros menos violentos y echar mano al encierro o prisión como última ratio, o sea cuando no exista ninguna otra alternativa.

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA OCAÑA, Mónica y otros. *El populismo Punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del sistema Penal en España (1995-2005)* Observatorio del sistema Penal y los Derechos Humanos. Universidad de Barcelona (Abril 2005).

BERISTAIN, Antonio. *La pena retribución y las actuales concepciones criminológicas*. Depalma, Buenos Aires, 1982.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Siglo Veintiuno Editores, México, 1976.

Un diálogo sobre el poder. Alianza Editorial, Madrid, segunda reimpresión, 1985.

La verdad y las formas jurídicas. Gedisa, México, primera edición, 1983.

ISSA EL KHOURY, Henry. *Penas alternativas y Ejecución Penal*. Revista de Ciencias Penales. Diciembre 1992, Año 4. No. 6.

MAXERA, Rita. *Mecanismos restaurativos en las Nuevas legislaciones penales juveniles Latinoamérica y España*. ILANUD. Seminario sobre potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la justicia restaurativa. Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y justicia penal, Bangkok 1825 abril 2005.

MENA PACHECO, Olga Marta. *La Multa Penal*. Universidad de Costa Rica. 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Ediar, Buenos Aires, 1989.

Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar. Buenos Aires. 2005 Sociedad Anónima Editora. Comercial, Industrial y Financiera.

ISSA EL KHOURY, Henry. *Solución alternativa de conflictos penales. Una propuesta de marco teórico*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José. Diciembre 1992. Año 4, No. 6.

Penas alternativas y ejecución penal Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José. Noviembre 1994. Año 6, No. 9.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado "derecho penal del enemigo"* pág. 117. Libro en homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales Magisterio Nacional Número 113 Col. Tlalpan. Delegación Tlalpan C.P. 14000 México, D.F.

The Economist. *Taking liberties. Anti-social behaviour in Britain. Enemies of the state?* February 5th 2005. Pág. 10, 53 y sigts.