

D

I

X

I

AUTOR EXTRANJERO INVITADO

Participación de partes y solución del conflicto penal en casos de violencia

Participation of the parts and penal conflict solving in violence cases
Isabel Ximena González Ramírez

Fecha de recepción
del artículo:
27/07/2011

Fecha de aceptación
del artículo:
21//09/2011

Participación de partes y solución del conflicto penal en casos de violencia

Participation of the parts and penal conflict solving in violence cases

Isabel Ximena González Ramírez*

Resumen

Para mejorar el acceso a la justicia y lograr que el derecho penal ofrezca mayores posibilidades de solución a los conflictos penales, se requiere insertar de manera paulatina, pero formal, un sistema restaurativo que incluya y complemente el control social formal con el control social informal, y permita la activa participación de las partes en la solución del conflicto penal, de manera que respete la cultura y los principios propios de esta rama del derecho y adecúe su implementación a las necesidades y costumbres particulares de cada comunidad, con lo cual se generarán mayores niveles de satisfacción en las personas.

Palabras clave

Conflicto, delitos, justicia restaurativa, mediación penal, participación social.

Abstract

In order to improve access to justice and for criminal law to offer better possibilities in conflict solving, we need to gradually but formally implement a restorative system that includes and complements formal social control and informal social control. This would allow active participation of the parts in the solution of penal conflicts in a way that respects the principles and culture of this branch of law, and adapt its implementation to the needs and particular customs of each community, thus improving the satisfaction of those involved.

Keywords

Conflict, crimes, restorative justice, penal mediation, social participation.

.....
Cómo citar este artículo: González Ramírez, Isabel Ximena (2011), "Participación de partes y solución del conflicto penal en casos de violencia", en *Revista DIXI*, vol. 13, núm. 14, pp. 10-21.

* Abogada y licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Central de Chile. Directora Académica del Magíster en Mediación 1ª y 2ª versión de la Universidad Central de Chile. Directora del Centro de Mediación y Arbitraje. Académica de la Universidad Central de Chile. Correo electrónico: igonzalezr@ucentral.cl

■ Introducción

El conflicto penal es una realidad cotidiana propia de la interrelación social de los seres humanos que nunca va a desaparecer, razón por la cual debemos encontrar la mejor manera de convivir con él. Entonces, ¿por qué no orientarnos hacia una política criminal que, mediante la integración de la víctima en sus postulados, considere la justicia restaurativa como un aporte al derecho penal, en el que la sociedad, representada por el poder público, no arrebate a las partes un conflicto que les es propio?

■ Estado de la cuestión

En la actualidad existe resistencia de la comunidad jurídica y social a aceptar la justicia restaurativa como una herramienta propia del derecho penal, porque considera sus fines reparadores y sus medios colaborativos ajenos a la naturaleza de esta rama del derecho público. Asimismo también es frecuente que la ciudadanía aborde los conflictos penales desde paradigmas exclusivamente represivos y que promueva respuestas punitivas muy ajenas al fundamento ideológico propio de la justicia restaurativa.

La hipótesis formulada y que guía este artículo se explicita de la siguiente manera:

Es posible implementar en Chile un modelo formal de justicia restaurativa que, mediante la aplicación de un proceso de mediación penal, fortalecido con otros mecanismos colaborativos de mayor participación comunitaria, ofrezca una mejor solución a los conflictos penales que la otorgada hoy por el sistema público.

De aceptarse este planteamiento, que aplica un modelo restaurativo como solución al delito, debería cambiar el enfoque sobre la participación que debe otorgarse a las partes en el proceso penal.

La propuesta que se pretende promover con este trabajo no sostiene una solución exclusivamente privada frente al conflicto jurídico, ni tampoco exclusivamente judicializada, sino que da cabida a una nueva justicia, en la cual su intervención no sea tan temprana que impida contar con las garantías de un debido proceso, ni tan tardía que perjudique en forma definitiva las relaciones entre las partes. Por tanto, lo que se busca es ampliar las formas de solución del conflicto jurídico, humanizando sus consecuencias mediante una intervención participativa, pertinente y oportuna para los involucrados.

Para ello se realiza el análisis de un caso real chileno que fue atendido en el sistema tradicional de justicia, valorado con la óptica de la justicia restaurativa, con la utilización del mecanismo de mediación penal, el cual permite visualizar varios aportes significativos de este método tanto para las partes como para la comunidad. Posteriormente se centra en mostrar cómo los principios de participación y colaboración voluntaria de las partes —que son los fundamentos esenciales del enfoque restaurativo— pueden coexistir con los del derecho, y especialmente con el derecho penal, teniendo en consideración que las garantías y los mecanismos de la justicia restaurativa prescinden de la fuerza como elemento indispensable para su ejercicio. Finalmente, podremos enunciar algunas observaciones y proposiciones sobre la necesidad de utilizar mecanismos colaborativos frente al delito y plantear si esta participación debe ser sustitutiva o complementaria al proceso penal.

■ El delito: conflicto que requiere la intervención de las partes en su solución

La justicia que predomina hoy, especialmente en materia penal, es de carácter retributivo: sostiene como fundamento que el delito es una violación al Estado,

el cual es uno de los objetivos prioritarios del sistema penal: aplicar una pena para castigar su existencia y prevenir su aparición, con lo cual el conflicto adquiere un carácter interpersonal entre el Estado y el agresor, sustituyéndose el daño producido a la víctima por el agresor, por el producido por el Estado a este; así, “la comunidad aparece supuestamente representada por el Estado, siendo [sic] su participación en el proceso pasiva y la víctima ignorada” (Campos y Osorio, 2003, p. 141).

Zaffaroni (2004), en cambio, focaliza el delito como un conflicto y sostiene que el modelo punitivo ni siquiera resuelve los conflictos más graves, como el homicidio: “Se limita a imponer una pena, sin tener en cuenta las necesidades de la víctima. ¿No será preferible, por ejemplo, que el culpable trabaje y pague a la familia de la víctima?” (Zaffaroni, 2004, p. 36). Según este autor: “Da lo mismo a la víctima y su familia, la gravedad de la pena que se impuso al culpable” (p. 36), el conflicto queda “colgado” por años hasta que se disuelve, pero no se resuelve.

Asimismo, autores como Bustos y Hormazábal (2005) abordan el delito en forma muy acertada, puesto que concluyen que una adecuada política criminal debería concebirlo como un conflicto social. Es precisamente su concepción del derecho penal como forma de regular y dar solución a los conflictos penales uno de los aspectos más destacados de su obra, lo que les permite concebir mecanismos de solución al delito, no solo jurisdiccionales, sino también alternativos.

Por su parte, Ulf Christian Eiras (2004, p. 36) sostiene que:

El delito para el sistema tradicional es entendido como una infracción a la norma, que es expresión del poder soberano. En cambio desde la mirada de la justicia restaurativa, el delito es un conflicto social, una incompatibilidad de conduc-

tas, percepciones, objetivos y afectos entre individuos o grupos sociales.

Reforzando esta mirada del delito como un conflicto, aparece en el siglo xx una visión más humana e integradora del derecho penal, cuyo principal exponente es Albin Eser, quien pretende esbozar un “sistema de justicia a la medida del ser humano” (Eser, 1999, p. 25) en relación con los presupuestos de punibilidad y proceso penal. Este autor cuestiona la necesidad de la intervención de una instancia superior, como el Estado, en la resolución de los conflictos interpersonales y las infracciones jurídicas, y propone la restricción de su actuación a la indemnización de daños y perjuicios y al arbitraje del conflicto.

Por otra parte, Eser sostiene que cuando se priva al autor y a la víctima de la posibilidad de resolución del conflicto, o se les otorga menor protagonismo en la reparación del daño y se concede mayor importancia a la imposición de una pena, se traslada la capacidad resolutoria de las personas a una instancia superior, produciéndose la despersonalización del conflicto. De este modo el delito se transforma en un ataque al Estado, la punición en un fin, y el derecho penal en ejecutor de una aparente “justicia superior”, en la que el autor del daño se ve a sí mismo como responsable únicamente frente al sistema, mientras que la víctima se siente abandonada por este, e instrumentalizada su vivencia a favor del Estado, entendiéndose, en consecuencia, que el conflicto entre el autor y la víctima es solo una excusa para el ejercicio del poder punitivo.

Al ratificar esta afirmación Albin Eser (1999, p. 25) expone:

En el proceso penal no debe perderse de vista el carácter básicamente subsidiario y de servicio del Estado. Cuanto menor es el protagonismo entre autor y víctima y mayor la importancia que se otor-

ga a la imposición de un mal adicional, mayor será también el grado de despersonalización del conflicto subyacente, alcanzándose únicamente una solución externa que aumenta la distancia entre el autor y la víctima: el autor se ve a sí mismo como responsable únicamente frente a la instancia superior, mientras [que] la víctima se siente abandonada a su suerte con su daño.

Para este autor, la justicia como tal no representa un fin en sí mismo, sino que constituye un instrumento que debe procurar al individuo la reparación del daño de sus derechos lesionados, la estabilización de las esferas de protección y los límites de la libertad perturbados por el hecho, de cara al restablecimiento de la paz social. Entonces, el derecho debe procurar sobre todo la auténtica resolución del conflicto jurídico.

La idea no es privatizar ni estatizar el conflicto, y tampoco entregar solo a la comunidad, sino situar a estos actores (poder ejecutivo, judicial, comunidad, víctima y victimario) en un equilibrio de poderes y obligaciones respecto al delito, sus orígenes y consecuencias, formando una red colaborativa.

■ Sistema retributivo contra el sistema restaurativo. Análisis de caso comparado

Para analizar las diferencias entre un sistema y otro, se comienza por examinar un emblemático caso de violencia entre una pareja, que tuvo lugar en Chile, con juicio en enero del 2006. El fallo de este caso causó conmoción social que, producto de la presión social y periodística generada, modificó la decisión de los tribunales superiores de justicia, lo cual provocó la nulidad del juicio y un cambio sustancial en sus resultados, pasando de una primera condena de pena no aflictiva —que permite al sentenciado cumplirla

mediante un beneficio alternativo consistente en la remisión condicional de la pena—, a imponerse en un nuevo juicio una pena aflictiva que debió cumplirse de manera efectiva privado de libertad, pero no solucionó el conflicto de fondo que afectaba a las partes y a la comunidad.

Descriptor. Los hechos: el día 10 de agosto del 2005, a las 0:00 horas, en su domicilio, el imputado calentó en el fuego de la cocina a rojo vivo un alicate y se dirigió al dormitorio, lugar donde se encontraba durmiendo su conviviente D. S. S., abalanzándose sobre ella e introduciendo el alicate en su zona genital, para luego retirarse del lugar. La víctima quedó con las lesiones consistentes en quemaduras vulvares y del muslo izquierdo, de primer y segundo grado, las que sanaron en el lapso de cuarenta días, pero dejaron secuelas permanentes en el cuerpo de la víctima, por tracción del labio mayor.

■ Comentarios a la sentencia

1) Tras el juicio oral, los jueces determinaron que no concurrían las tres agravantes invocadas por la Fiscalía (alevosía, ensañamiento y arrebató del imputado), debido, entre otras causas, a la falta de cooperación de la víctima, la que empeñada en defender al agresor, describió ante el tribunal en forma diferente a su versión inicial, el contexto en que se dieron los hechos, minimizó la gravedad de estos e intentó justificar al imputado por su acción, culpándose de su reacción y ocultando la existencia de violencia reiterada existente entre ellos, como lo consigna el informe pericial de la psiquiatra y la declaración del padre de la víctima, y trató a su vez de aminorar las consecuencias del delito planteando que no existieron secuelas y que se sintió reparada con el depósito del dinero que hizo el imputado, fondos que según constan en declaraciones de autos, fue conseguido por la víctima.

En lo señalado, la víctima intentó evitar que el ofensor fuese castigado por la justicia y se le impusiera una pena privativa de libertad, que a ella en nada la ayudaría. Es así que, para obtener alguna respuesta que pudiera ser más cercana a sus intereses, desconoció su dignidad como mujer, quedó privada del reconocimiento social y público del daño y dolor vivido, y por ello, renunció a la reparación moral y material ofrecida por la vía judicial, la cual le exigía como contrapartida un alto precio a sus necesidades y afectos, como era la privación de la libertad de su pareja.

2) El fallo, en la cláusula 7ª, no dio lugar a la existencia de la alevosía, al descartar que el ofensor aprovecharse la indefensión de la víctima para cometer el delito, por encontrarse en un contexto íntimo del hogar. Esta declaración llamó profundamente la atención, pues podría considerarse que en este espacio íntimo las personas naturalmente bajan sus niveles de protección y defensas, precisamente por estar exentos de extraños y rodeados de familia y seres queridos.

3) En la cláusula 8ª, el tribunal determinó la inexistencia de ensañamiento y afirmó que las quemaduras se produjeron por el contacto del alicate caliente en la piel de la víctima por un brevísimo instante, que el dolor era propio de las heridas inferidas, y que no se intentó aumentar especialmente el dolor de la víctima. Al igual que lo señalado en el párrafo que antecede, llama la atención lo particular de este planteamiento, al considerarse el medio empleado: “un alicate al rojo vivo”, instrumento que al estar solo un segundo en contacto con la piel de la persona provoca un dolor inhumano, acción que constituye en sí sola un acto de tortura, a lo que debe sumarse además la declaración de los peritos, quienes detallaron durante el juicio que para dejar una lesión de tal magnitud eran necesarios por lo menos diez segundos de contacto con la piel. La declaración de la víctima dio cuenta de que las heridas se produjeron cuando ella cerró las piernas, tratando una vez más

de minimizar la responsabilidad de su conviviente, lo que influyó en la decisión del tribunal.

4) En la cláusula 9ª, el tribunal desestimó que este tipo de delitos atente contra el respeto que se merece la mujer, ya que no se procedió en ofensa a la dignidad y el sexo de la ofendida, sino por las especiales características del ofendido. Dicho planteamiento, mirado desde la dogmática de los derechos humanos, y especialmente desde el género, no puede considerarse razonable debido a que, por el contexto en que se configuró el delito y el lugar del cuerpo donde fue atacada la víctima, que es precisamente en sus órganos sexuales, indudablemente reviste especiales características de femicidio, sobre todo según los tratados internacionales que nuestro país ha suscrito, partiendo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus Artículos 3º, 5º y 8º, que explicitan principios vinculados a la seguridad física y emocional de las personas, la prevención ante la tortura o los tratos degradantes y la urgencia de brindar protección legal a quien lo solicite. Asimismo, la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (Cedaw, Committee on the Elimination of Discrimination against Women), en sus Artículos 1º y 2º declara la necesidad de que las víctimas de violencia o malos tratos dispongan de atención jurídica para el ejercicio y la protección de sus derechos como mujeres, en lo que se concluye como la necesaria protección que debe recibir toda persona por parte del Estado y del aparato público.

5) En la Cláusula 11, el tribunal hace especial énfasis en de que la agresión se produjo en el contexto de una declaración de infidelidad que reconoció la víctima, la cual confirma una sospecha que el acusado tenía desde hacía tres meses, por lo que no pudo producir arrebató u obcecación en él, afirmación que, sin perjuicio de desechar la atenuante alegada por la defensa, la vincula a un hecho deshonesto de la

víctima, que la llena de indignidad. Este punto llama particularmente la atención, ya que mezcla vivencias y valoraciones que pertenecen a la vida personal de la víctima, que no son materia del delito en evaluación, sino más manifestaciones de valores propios de una cultura patriarcal que sirven de base a manifestaciones de dominación y maltrato, que justamente es la materia en discusión penal.

6) Parece fuera de toda consideración lógica penal retributiva la débil sanción impuesta al autor y las declaraciones hechas por el Tribunal Oral en lo Penal, que en los considerandos dejan entrever un enfoque atentatorio a la dignidad de la víctima y, más que eso, una interpretación desbalanceada de las relaciones familiares en cuanto a la protección del hogar y las relaciones de poder y género dentro de este. Más aún, este fallo entrega un mensaje social al resto de las mujeres y agresores, que da cuenta de que el hogar no es un espacio especialmente digno de protección, que la dignidad de la mujer no se ve en particular afectada por una agresión a sus órganos sexuales, y que la consideración de la causal de infidelidad de la mujer, sin perjuicio de no ser considerada en la sentencia en las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal del sentenciado, se expone y reitera como un hecho importante de la causa, el cual parece que, más que ser inicu, tiene una valoración negativa al resolver el caso.

7) Al analizar la actitud de la víctima aparece muy claro que la vía jurisdiccional como medio de solución a un conflicto de alta complejidad de relaciones y emociones como es el de la violencia intrafamiliar, no es el mejor medio de resolución, al menos no para el esclarecimiento real de los hechos, ni para el reconocimiento y la responsabilización del autor y la reparación moral y material de la víctima. Este último aspecto es el más banalizado y sin duda la víctima requiere del apoyo institucional del Estado y de la sociedad para poder iniciar un proceso que le permita recuperar la

dignidad perdida. La necesaria atención coordinada desde los distintos aparatos estatales de reparación, llámese de salud física y mental, de servicios sociales y previsionales, por citar algunos, debe formar parte de los acuerdos existentes en la sentencia, explicitados para facilitar el acceso de la víctima y del victimario, de manera tal que estos servicios les puedan proveer espacios de reflexión y cuestionamientos a las prácticas establecidas de dominación y subordinación que han marcado su relación con resultados tan funestos para ambos y su entorno inmediato.

En el caso comentado, en opinión de la autora, la solución judicial del conflicto no se ocupó integralmente del conflicto entre las partes; entregó a la víctima, al agresor y a su entorno social, una señal de impunidad y normalidad de este tipo de acción, tanto por la minimización que, conforme al proceso penal, debió hacer el juez del desvalor de la acción, como del peligro, temor e indefensión en que quedaba la víctima, situación a la que hace referencia el profesor Baratta al referirse al *principio de proporcionalidad concreta* o adecuación del costo social (Baratta, 1987, p. 106) y expresar que es un hecho que la intervención penal en los conflictos interpersonales, habitualmente, en lugar de ayudar a su solución, los agrava.

En el otro extremo de la relación, si el ofendido tiene delante de sí solo al infractor y no recibe del autor un real reconocimiento y perdón, producto de un profundo proceso de comprensión del daño, se fomenta el rencor, el odio y el temor, sin poder reestructurar su necesidad de reconocerse como víctima con derecho a ser reparada. La sanción, si la hay, tendrá a su vez un sentido, no solo de castigo o represalia, sino de relación directa con la lesión a un bien jurídico que el conjunto social ha estimado relevante y quiere proteger.

Finalmente, la respuesta judicial que debe respetar el principio de la igualdad no es apta siempre en estos dolorosos casos, ya que la necesidad de reparación en



cada caso puede ser distinta, aunque estemos frente a un mismo bien jurídico afectado, debido a que frente a personas que sienten, se afectan y se relacionan con el otro, de forma diversa, no se debiera esperar la misma respuesta para satisfacer sus necesidades de justicia.

8) Se puede concluir que, en casos como estos, la mediación como proceso confidencial y desvinculado de un resultado punitivo para el agresor, que pueda ayudar al esclarecimiento de los hechos y el reconocimiento de la gravedad de lo acontecido por el infractor, otorgue reparación a la víctima y se vincule a un tratamiento de salud, considerado no como única solución al delito, sino como complemento a una intervención judicial que previamente otorgue medidas cautelares a la víctima para prevenir nuevas agresiones, puede ofrecer una solución más integral a este grave conflicto social. La participación de la víctima en el proceso permite su incorporación en la evaluación de las razones y el momento de los hechos, de modo que es informada de sus derechos. A su vez, ella explica su angustia, sus necesidades y la forma de reparación que requiere, devolviéndosele su dignidad perdida, explicitándosele que no es merecedora de la lesión y que tiene el derecho a ser respetada en su integridad (Bustos y Larrauri, 1993, p. 248).

Ahora, si en lugar de un proceso penal con la amenaza inminente de una pena para el autor, se hubiese trabajado el caso mediante un proceso colaborativo como el de la mediación penal, hubiésemos tenido el aporte de un equipo interdisciplinario que habría permitido a la víctima y al ofensor reconocerse como tales y ser duro con el daño y la acción, y blando con la persona, lo que permitiría una reparación a la víctima que sea efectivamente significativa para ella, y al imputado encontrar una forma de reparar a la víctima y a la comunidad, con la ayuda de esta.

Especialmente en este tipo de casos, en los que existen vínculos afectivos, es en los que opera con mayor eficacia una solución colaborativa, dado que,

como en las comunidades originarias, los vínculos entre las partes van a permanecer, razón que hace criticable la prohibición de nuestra legislación de excluir los acuerdos reparatorios en materia de violencia intrafamiliar, en el entendido de que la falta de equilibrio de poderes que en este caso se produce requiere de un activo intermediador que logre balancear los poderes y las medidas cautelares para la protección de la víctima. En estos casos, por medio del proceso judicial la víctima pierde todo y se ve impedida de obtener medidas de resguardo; aún con la obtención de una sentencia favorable se siente perjudicada, porque la sanción al ofensor no es lo que ella necesita.

9) Finalmente, respecto a la pena que merece el delito, no se está optando por una postura abolicionista para casos tan graves, pero tampoco por un proceso exclusivamente judicial que frente a la amenaza de una pena privativa al ofensor impida a la víctima abrir el conflicto, reconocerlo y colaborar con el esclarecimiento de los hechos. Se propone aplicar sanciones en lo posible no privativas de libertad, de acuerdo con la gravedad del hecho ilícito, que cumplan una función social importante en la cual participen organizaciones sociales, complementada con el apoyo del área salud, y se desarrolle un proceso de seguimiento de los servicios sociales para verificar que se cumplan, como ocurre en los países que cuentan con un sistema restaurativo con fuertes redes sociales.

En cuanto a la nulidad del juicio y el nuevo fallo, que condena al sentenciado a una pena privativa de libertad efectiva que parece haber tenido su fundamento en la presión social y de los medios de comunicación, sin perjuicio de las razones técnicas jurídicas, no se analizarán, ya que, según el parecer de quienes suscriben, no aportan mayores antecedentes que merezcan ser analizados en este enfoque especial sobre el que versa el presente documento.

Eiras (2004) sostiene que para hacer una comparación entre la justicia retributiva y la justicia

restaurativa es necesario entender que en el sistema tradicional la responsabilidad por las conductas es individual, a diferencia del modelo restaurativo, el cual, sin dejar por fuera esta responsabilidad, considera también las circunstancias, la historia, las interpretaciones, el entorno y los grupos de poder que influyen, tanto en las partes, como en los hechos. En estos dos sistemas los protagonistas son distintos: mientras que el tradicional centra su atención en el Estado y el infractor, en el restaurativo es trascendental la participación de la víctima, el ofensor y otros actores que pueden ser parte del conflicto, y el Estado solo desempeña el papel de proveer los medios necesarios para que las partes resuelvan su conflicto en forma segura, con lo que se garantizan los derechos de cada uno y se resguarda el interés colectivo. El sistema retributivo tradicional plantea un proceso interaccional antagónico en el que predominan las vías agresivas para el logro de los objetivos, pues las partes están en contraposición. Ello se explica en virtud de la formación adversarial de los intervinientes, ya que los jueces, abogados y operadores jurídicos sitúan como contrincantes a la víctima y al ofensor, sin perjuicio de su preocupación por la protección de la víctima, la recuperación del delincuente y la reinserción social (Eiras, 2004, p. 36).

Esto es distinto en el sistema restaurativo, el cual busca un clima propicio para el diálogo y el acercamiento de posturas mediante la intervención de un tercero imparcial para lograr un acuerdo que satisfaga las necesidades de las partes, en el que el ejercicio del poder es compartido por ellas mediante un proceso dinámico e integrador. De este modo, el proceso favorece el reconocimiento del daño causado por el delito e intenta obtener el arrepentimiento del ofensor, el perdón voluntario de la víctima y la reconciliación entre las partes, pero esencialmente entre la víctima y el ofensor con la sociedad, reconstituyéndose sus lazos con la comunidad.

Por otra parte, los sistemas se diferencian en relación con la finalidad. El procedimiento retributivo tiene como objetivo probar delitos, establecer culpas y aplicar el castigo, lo que manifiesta una orientación hacia el pasado, en función de la investigación de los hechos acontecidos. En cambio, para el sistema restaurativo los objetivos son la resolución del conflicto, la asunción responsabilidades y la reparación del daño causado. Es por eso que, sin dejar de integrar el pasado y considerar los daños causados en él, el procedimiento se sitúa en una perspectiva que promueve hacerse cargo de lo ocurrido mediante el reconocimiento y la reparación, lo cual genera aprendizajes en el ofensor, la víctima y la comunidad.

■ La justicia restaurativa en el sistema penal

Los sistemas complejos normalmente se componen de subsistemas interrelacionados, que son sistemas en sí, como es el caso de la justicia restaurativa inmersa en el sistema penal, que necesita del proceso penal, las medidas de seguridad, el cumplimiento de los acuerdos y el apoyo de otros subsistemas, como las organizaciones comunitarias, municipales y educacionales, que ofrezcan alternativas de reparación.

Se dice que el sistema penal no es apto para proporcionar las defensas más eficaces de los derechos de las personas por el hecho de que su intervención está estructuralmente limitada a la formulación de respuestas sintomáticas a los delitos, cuando estos se manifiestan dentro del sistema social (Baratta, 1987, p. 107).

El principio de prevención general del sistema penal ofrece una estrategia alternativa de control social, lo que desplaza cada vez más el énfasis puesto en las formas de control represivo hacia formas de control preventivo. Por otra parte, frente a un derecho penal que no puede aceptar objetivos moralizantes, no solo por su contenido doctrinario (como vimos en la nor-



Autor extranjero invitado

ma penal), sino también por ser difíciles de controlar al escapar a filtros objetivos (Trenczec, 1992, p. 29), están los sistemas restaurativos, que en una mirada sistémica entienden que las partes del conflicto se ven perjudicadas por la pérdida de control que sufren como consecuencia del delito, por lo que necesitan recuperarlo transformándose en participantes del proceso restaurativo. A su vez, los ofensores dañan sus relaciones con sus comunidades de apoyo, traicionan su confianza, y para recobrarla necesitan obtener un control personal que les permita asumir su responsabilidad por la ofensa cometida. Finalmente, las comunidades de apoyo de las partes satisfacen sus necesidades asegurando que se reconozca el carácter erróneo de una conducta que rompe el equilibrio en la convivencia social, que se tomen medidas constructivas para evitar su reincidencia y que los involucrados se reintegren a la comunidad. Este sistema pretende trasladar paulatinamente parte del control formal o punitivo del Estado al control social informal, de redes y contención social, con base en la confianza en las personas y su posibilidad de conductas de resiliencia y superación de los conflictos (Hardiness, 2006).

En la reparación propuesta por el sistema restaurativo:

Encontramos también, uno de los fines tradicionales del derecho penal, el fin reeducativo y rehabilitador de la prevención especial. Primero, porque la posibilidad de reparación constituye un estímulo para la denuncia de la víctima, y segundo, porque al no ser fijada por el juez la reparación, da cabida a la dimensión humana de la víctima, lo que propicia un efecto educativo al autor que se responsabiliza, previa depuración de las inferencias autoexculpatorias, que le permiten recordar el hecho delictivo en contraposición a la pena, la cual simboliza un medio de saldar una abstracta deuda con el Estado (Muñoz, 2007, p. 288).

Pueden establecerse diferentes ámbitos de aplicación del sistema restaurativo: contextos paralelos a un proceso judicial o al cumplimiento de la pena, sin que este modelo tenga un efecto potencial sobre las decisiones judiciales o administrativas del caso o se puedan desarrollar en procesos vinculados estrechamente a la tramitación de causas por parte del sistema de administración de justicia, sin afectar algunas funciones especiales de control de las que el sistema no puede prescindir, pues ella cumple doble función: una de complementariedad, agregada al sistema retributivo, y otra sustitutiva, en la medida en que sirve para reemplazar la aplicación del sistema retributivo en aquellos casos en que se estime adecuado hacerlo. Una propuesta restaurativa puede hoy plantearse como una opción a la solución del conflicto penal y también como una alternativa más digna a la pena privativa o restrictiva de libertad, dependiendo del tipo de conflicto al que se aplica, del momento en que intervenga el proceso restaurativo y del fin que se persiga con él. Así, las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas afectadas por conflictos penales desarrollen un plan para reparar el daño causado, evitando que ocurra nuevamente, con la reintegración o integración, según sea el caso,¹ del ofensor a la comunidad, y la eliminación del etiquetaje de “delincuente”.

■ Conclusiones

El derecho penal está inspirado en la justicia retributiva y su aplicación en un procedimiento selectivo

¹ No correspondería la reinserción respecto de aquellos infractores que jamás han estado insertos en la comunidad, ya que esta tiene un significado de volver a integrar a una persona a un espacio del que alguna vez formó parte, lo que no ocurre en muchos de los casos de quienes trasgreden el orden social.

deja algunos conflictos penales sin resolver. En este contexto, uno de los desafíos para mejorar el acceso a la justicia es el de avanzar hacia una justicia restaurativa que, además de los avances obtenidos con las reformas procesales penales, permita la aplicación de técnicas colaborativas de solución al conflicto penal, prevenga futuras escaladas de violencia y fortalezca el capital social con la relevancia de sus factores protectores y resilientes.

De la comparación entre sistemas de justicia retributivos y restaurativos se puede concluir que para una convivencia sana necesitaríamos entender el derecho penal, no solo como un medio de amedrentamiento social para la disuasión delictual y retribución del mal causado, mediante un modelo adversarial que se centra en probar delitos, establecer culpas y aplicar el castigo, mirando siempre al pasado, sino también como un medio de solucionar conflictos por medio de la participación activa de las partes y de la comunidad, reparar el daño causado en un proceso que integra el pasado, y situarse en una perspectiva futurista.

La justicia restaurativa, si bien no puede plantearse como la única solución al delito, abre una importante oferta a la solución de conflictos penales, especialmente los ocasionados por personas sin historial criminal y jóvenes. Esta oferta se propone como una acción complementaria o sustitutiva al proceso penal y a la pena, de acuerdo con la vulnerabilidad de la víctima y el reconocimiento e intención de reparar del infractor, más que de la gravedad del delito. El ámbito de aplicación de la justicia restaurativa puede implicar procesos realizados sin ninguna referencia al sistema de Administración de Justicia, así como operar de manera paralela a un proceso judicial o como complemento a este y al cumplimiento de la pena.

En el entendido de que la aplicación de un sistema de justicia restaurativo en Chile es un proceso que requiere todavía de un aprendizaje social y un

cambio cultural importante, se necesita comenzar a avanzar introduciéndolo formalmente en nuestro sistema penal, tanto a nivel de Fiscalía y Defensoría, como de poder judicial, y a su vez con proyectos pilotos a partir de la base de que solo puede incorporarse en forma general y masiva cuando se afiance socialmente y se definan límites, criterios y objetivos claros para su implementación.

El sistema restaurativo, al potenciar y promover la satisfacción de los intereses y las necesidades de la víctima, posibilita la coincidencia de estos con el proceso penal y facilita su comprensión y participación en él. Ello puede ser útil al sistema tradicional, ya que, como se sabe, las necesidades e intereses de la víctima no siempre se encuentran representadas por el Ministerio Público y el sistema en ocasiones impide a la víctima obtener la compensación que merece, la cual generalmente deriva a la justicia civil para una reparación económica, que es más lenta y costosa.

Otro valor agregado al proceso restaurativo es la inmediatez resolutoria del modelo, que no se vincula a una solución rápida y maquinal, sino que permite que el conflicto se aborde en su fase crítica, cuando es más viable reconducir las emociones y orientarse a una meta constructiva.

Por otra parte, los costos son menores que un proceso litigioso, ya que evita gastos materiales, morales y psicológicos al suscitar menos rencor y hostilidad en las partes porque se mantiene el control emocional al equilibrar el poder en los involucrados. De este modo se promueve que la víctima se sienta menos víctima y no se estigmatice al infractor, lo que permite la desjudicialización de los procesos y destinar estos recursos de manera localizada.

Las experiencias sobre esta materia permiten entender que el infractor comprende que, más allá de haber violado la ley, ha realizado una acción negativa desde el punto de vista humano frente a un otro al cual logra ver como un legítimo otro, porque quien ha



sido ofendido no es un abstracto, como la ley, sino una persona. La dimensión de la relación humana, primero ausente en la percepción del culpable, se evidencia totalmente por medio de un proceso restaurativo.

La participación del ciudadano en la lucha contra el delito le genera la habilidad personal de resolver conflictos de manera no violenta, disminuye la probabilidad de reincidencia y aporta a prevenir el delito y fomentar las habilidades de resiliencia de las partes.

Finalmente, el campo de acción de los mecanismos colaborativos, como el de la mediación penal debería definirse, no a partir del delito, sino de la vulnerabilidad de la víctima, así como del reconocimiento y la intención de reparar del infractor, mediante instrumentos técnicos psicosociales. El ámbito de acción debe ampliarse a situaciones conflictivas en las que hay un quiebre relacional, existe daño y el sistema penal no opera de manera efectiva.

■ Referencias

- Baratta, A. (1987), "Notas para una teoría de la liberación", en *Revista Poder y Control*, núm. 1, pp. 104-119.
- Bazemore, G. y Walgrave, L. (eds.) (1999), *Restorative Juvenile Justice. Repairing the Harm of Youth Crime*, Monsey, Willow Tree.
- Blanco, R. et al. (2004), *Justicia restaurativa. Marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de política pública*, Santiago de Chile, Universidad Alberto Hurtado.
- Bustos, J. y Hormazábal, H. (2005), *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta.
- Bustos, J. y Larrauri, E. (1993), *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias.
- Carnevali, R. (2005), "Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del derecho penal", en *Revista de derecho*, vol. XXVI.
- Chile, Defensoría Penal Pública, *Memoria Anual 2009*, Santiago de Chile, Defensoría Penal Pública.
- Coates, R. y Gehm, J. (1989), *Mediation and Criminal Justice*, Londres, Sage.
- Daly, K. (2001), "La justicia restauradora en sociedades diversas y desiguales", en *CREA*, núm. 2.
- Campos, H. y Osorio X. (2003), "Justicia restaurativa y mediación penal en Chile", en *Revista de Derecho*, núm. 10, pp. 24-51.
- Eiras, U. (2004), *Mediación penal. De la práctica a la teoría*, Buenos Aires, Histórica.
- Eser, A. (1999), *Nuevos horizontes en la ciencia penal*, Buenos Aires, Belgrano.
- Hardiness, M. (2006), "La resiliencia" [en línea], disponible en: <http://www.psicologia-positiva.com/resilienciaHardiness.htm>, recuperado: 5 de noviembre del 2011.
- Herrera Moreno, M. (1996), "Introducción a la problemática de la conciliación víctima y ofensor, hacia la paz social por la conciliación", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16.
- Jaccoud, M. (2006), "Ponencia sobre justicia restaurativa", en *Conclusiones del Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, Santiago de Chile, Ministerio de Justicia.
- Kemelmajer, A. (2004), *Justicia restaurativa. Posibles propuestas para delitos cometidos por personas menores de edad*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.
- Langon, M. (2000, julio), "La teoría de la vergüenza reintegrativa de John Braithwaite", en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 18.
- Márquez, Á. (2007), "La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa", en *Derechos y Valores*. Ministerio Público, Chile, *Informe Estadístico Anual 2009* (2010), disponible en: http://www.iscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivo/minpu/documentos/estadisticas/Boletín_Estadístico_anual_2009-pdf, recuperado: 10 de noviembre de 2011.
- Muñoz, E. (2007), "Acerca de la teoría general de sistemas y el concepto de entropía", en *Revista de Derecho*, núm. 1, p. 255.
- Rioseco, L. (1999), *Género y derecho. Mediación en casos de violencia doméstica*, Santiago de Chile, Cepal.

- Tamarit, J. (1994), *La reparación a la víctima en el derecho penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales*, Barcelona, Fundación Jaume Callís.
- Trenczec, T. (1992), “¿Hacia una reprivatización del control social? Una evaluación de víctima-delincuente-conciliación”, en *Papers d’ Estudis i Formacio, Centre de Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*, núm. 8, p. 29.
- Van Ness, D. y Strong, K. (2010), *Restoring Justice*, Buenos Aires, Lexis Nexis.
- Wright, Martin (1996), *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime*. Estados Unidos, Waterside.
- Zaffaroni, E. (2004), *Manual de derecho penal. Parte general* [en línea], disponible en: <http://rapidshare.com/files/7360294/zer-tddr-pg.rar>, recuperado: 5 de diciembre del 2011.
- Zerh, H. (1990), *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Estados Unidos, Herald.

