

Editorial del Dossier “Medios alternativos, consensos y la participación de la víctima en el proceso penal”: Participación de la víctima en la solución del conflicto penal

Editorial of Dossier “Alternative methods, consensus and the role of the victim in criminal procedure law”: Victim participation in the penal conflict solution

Editorial do dossiê “Meios alternativos, consenso e a participação da vítima no processo penal”: Participação da vítima na solução do conflito penal

Enrique Letelier Loyola

Universidad de Valparaíso/Chile

enrique.letelier@uv.cl

 <https://orcid.org/0000-0002-1768-3739>

RESUMEN: El resurgimiento de la víctima, como sujeto de interés para las ciencias criminológicas y el derecho penal, ha provocado la necesidad de cuestionarse si los tradicionales modelos de justicia penal son adecuados para satisfacer sus intereses, considerando que se trata de un protagonista del conflicto penal. Recogiendo diversas experiencias restaurativas y con apoyo de la victimología más moderna, los sistemas de justicia penal dejan de enfocarse solo en el castigo al infractor penal y se abren a la adopción de programas de justicia restaurativa, que reconocen en la víctima un sujeto titular del derecho a la reparación del daño.

PALABRAS CLAVE: víctima; justicia retributiva; reparación del daño; justicia restaurativa.

SUMMARY: *The resurgence of the victim, as a topic of interest for criminological sciences and criminal law, has caused the need to question whether traditional*

criminal justice models are adequate to satisfy their interests, considering that it is a protagonist of the criminal conflict. Collecting some restorative experiences and with the support of the most modern victimology, the criminal justice systems stop focusing only on the punishment of the offender and open themselves to the adoption of restorative justice programs, which recognize in the victim a subject holder of the right to the repair of the damage.

KEYWORDS: *victim; punishing model; repair of criminal damage; restorative justice.*

INTRODUCCIÓN: PROTAGONISMO, NEUTRALIZACIÓN Y RESURGIMIENTO DE LA VÍCTIMA

La estatalización del conflicto penal significó, para la víctima, una privación, al menos en el campo del derecho, del protagonismo que tiene en el hecho delictuoso y que el modelo de justicia privada sí le reconocía. Y aunque no se trata de demonizar ese fenómeno, pues en su hora también significó la proscripción de la venganza privada, la decisión estatal de definir con actos de autoridad las conductas constitutivas de delito, de perseguirlas y juzgarlas con prescindencia, en la promoción y en el resultado, de la voluntad del ofendido, provocó también que el proceso penal deviniese en una herramienta de solución heterocompositiva de un conflicto que en muy poca medida atiende a los intereses de uno de los involucrados en él y, en consecuencia, se tornase inútil para la satisfacción de los mismos.

Con el surgimiento del Estado moderno el delito se miró bilateralmente como un conflicto entre el poder público que por medio de normas penales impone deberes o prohibiciones y el sujeto que las infringe, por lo que tiene sentido que el énfasis de la justicia penal esté puesto en el castigo o *retribución*. Bajo este esquema, que se mantuvo con matices hasta el segundo tercio del siglo XX, se sepultó y neutralizó a la víctima en el proceso penal, como un sujeto cuya intervención era innecesaria bajo la suficiencia de la acción pública, que vinculaba al Estado con el ofensor¹.

¹ Bertolino, Pedro. "La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina". En VV.AA. *La Víctima en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1997, p. 3 y 4.

Pero con ello no se quiere decir que el Estado haya prescindido absolutamente de la víctima en el persecución y juzgamiento de los delitos; antes bien, en el proceso penal tradicional la víctima ha sido considerada como una fuente privilegiada de información para quien ejecuta la investigación, por lo que los sistemas han concebido herramientas de protección a la víctima que colabora con la investigación, con la doble finalidad de resguardar su integridad física y psíquica, por una parte, y consecuentemente proveerse de una fuente de prueba dispuesta, además, a comparecer como testigo en el juicio.

La víctima, también, ha sido frecuente impulsora de las investigaciones penales, desde que puede, sin más responsabilidad que la de introducir la *notitia criminis*, denunciar los hechos constitutivos de delito y poner con ello en marcha el aparato estatal de persecución delictuosa². En una dimensión más activa a la víctima se ha reconocido el derecho para deducir querrela no solo en los delitos de acción penal privada y en los así llamados delitos de acción penal pública previa instancia particular, sino también en los delitos de acción penal pública, actuando en su momento como acusador adhesivo o autónomo de la acusación deducida por el persecutor oficial.

Desde una dimensión probatoria, los modelos tradicionales han permitido a la víctima proponer y solicitar diligencias de investigación al Ministerio Público o quien detente la investigación oficial y aportar luego pruebas al juicio, porque su indudable rol de sujeto pasivo del delito la coloca en una posición reforzada que permite desarrollar, con mejor prognosis epistémica, la finalidad que se espera del proceso penal de ser una vía de conocimiento de los hechos relevantes para la decisión jurisdiccional.

Si alguna atención prestó el proceso penal tradicional a los intereses de la víctima, los enfocó en el reconocimiento del derecho para deducir las acciones civiles derivadas del hecho delictuoso, con finalidades restitutivas, indemnizatorias y reparatorias, opción sistémica criticada por algunos en tanto introduce en el proceso un objeto extraño al estrictamente penal.

² Maier, Julio. “La víctima y el sistema penal”. En *Jueces para la Democracia*, N° 12, 1/1991, p. 42.

Tradicionalmente la reparación de la víctima no ha sido una finalidad que se espere del proceso penal, pues la lesión al bien jurídico es considerada en abstracto como un elemento justificativo de la eventual sanción, mas no en concreto como un elemento que permita la entrada, con relevancia en el curso del proceso, del interés de la víctima en ser restituida al estado de bienestar o de paz previo al delito. De soslayo se atiende en concreto a la lesión del bien jurídico, siempre en la óptica bilateral del conflicto Estado *versus* infractor, cuando la reparación tempestiva del daño puede ser tomada en cuenta por el juez como una circunstancia minorante de responsabilidad penal con incidencia, por cierto, en la pena, o cuando, en la mensuración de la pena, el juez puede atender a la mayor o menor extensión del mal causado por el delito.

En la actualidad es prácticamente insostenible concebir y defender un proceso penal que prescinda de los intereses de la víctima, porque, por una parte, el delito no se agota en la descripción abstracta de una conducta identificable en el tipo penal sino que es un fenómeno que en determinado momento y lugar, involucrando a más de un sujeto, irrumpe en la convivencia comunitaria y, por otra, porque hay fuertes razones para sostener que el sistema tradicional de justicia retributiva, que se resuelve en la aplicación de la respuesta jurídico penal al delito, no tiende hacia el restablecimiento de la paz social quebrantada sino, más bien, es una vía institucionalizada para infligir dolor por el mal causado. Con esa inspiración los sistemas más actuales recogen el interés de la víctima en obtener la reparación a través de algunas figuras, como el llamado a conciliación, la suspensión del proceso a prueba o bajo condiciones, los acuerdos o incidentes de reparación e, incluso, la aplicación del principio de oportunidad con criterios que recogen la reparación oportuna y satisfactoria. Lo interesante de estas vías, según se observa, es que aplicadas a partir de un derecho de la víctima a obtener la reparación tienen incidencia en el curso del proceso penal, por lo que logran vincular, cada uno desde su respectiva posición, a los tres sujetos interesados en el conflicto penal: el imputado, la víctima y el Estado.

En ese contexto, que aborda el conflicto penal como un fenómeno que involucra a la víctima y al agente del delito, el proceso penal abre sus puertas para incorporar, a sus fines tradicionales de investigar y determinar la existencia del delito y la participación culpable del acusado, la

de tender hacia la reparación de la víctima bajo la idea, bastante amplia, de situarla en un estado equivalente al que existiría si no se hubiese verificado la lesión a uno o más de sus bienes jurídicos.

En las últimas décadas, a la par que se insiste en la crisis del modelo de justicia retributiva, ha surgido con fuerza la idea de un modelo de *justicia restaurativa* que, con más o menos matices según el sistema que lo cobija, el momento y lugar en que se desarrolla y los mecanismos vías que lo concretan, supone a nuestro modo de ver dos ideas pilares: reconocer a la víctima como titular del derecho a ser reparada por la lesión causado por el delito y considerar a la víctima como un sujeto con el derecho intervenir libre y activamente (“víctima empoderada”) en su proceso de reparación³.

No es causal, entonces, que, desde la década de 1970 en adelante, numerosos estudios den cuenta de un desarrollo ingente de la victimología y pongan énfasis en la persona ofendida por el delito, describiendo, además, experiencias concretas de justicia restaurativa⁴, lo que supone, además, el abandono de una visión *reocéntrica* del delito⁵. En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, con cobijo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se aprobó, en 1985, la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder” (Resol. 40/34, de 29 de noviembre de 1985) y en 2002 el Consejo Económico, Social y Cultural aprobó un acuerdo internacional sobre directrices para la justicia restaurativa «*Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*» (ECOSOC

³ Braithwaite, John. “The fundamentals of restorative justice”. En Jowitt, A.; Newton, T. *A Kind of Meaning. Restorative Justice in the Pacific Islands*. ANU Press, 2010, p. 37.

⁴ Mera González-Ballesteros, Alejandra. “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”. En Revista *Ius et Praxis*, año 15, N° 2, pp. 169 y sig.; Barona Vilar, Silva. “Mediación *post sententiam* en delitos de terrorismo. De la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (Especial referencia a los encuentros entre víctimas y condenados ex miembros de la banda terrorista ETA)”. En Jimeno Bulnes, M.; Pérez Gil, J. (Coord.) *Nuevos Horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*. Bosch Editor, 2016, pp. 478 – 479.

⁵ Paulesu, Pier Paolo. “Vittima del reato e processo penale”. En *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXIII (2ª), N° 2, mar – apr, 2018, p. 389.

Resol. 2002/12), que ha servido de inspiración para que varios modelos tiendan a este redescubrimiento o reposicionamiento de la víctima como una actora relevante en el proceso de reparación⁶.

El acento en la reparación, incluso como facilitadora de los fines preventivos generales y especiales del derecho penal, hace necesario cambiar los paradigmas de la justicia penal, por lo que hoy los modelos de justicia penal deben incorporar a la víctima como titular de un derecho a la reparación⁷.

1. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL RÉGIMEN DE LAS ACCIONES PENALES

El ejercicio de la acción penal en los delitos de acción penal privada y de los delitos de acción penal pública previa instancia particular, nomenclaturas que pueden variar, permite que la voluntad de la víctima excite la función jurisdiccional y el aparato público investigador y, en algunos casos, provoque el cese de la persecución⁸.

La admisión de las acciones penales privadas, que pone un quiebre al monopolio acusatorio del Estado puesto que se reconoce un interés privado preponderante que excluye la intervención del persecutor público⁹, puede ser vista como una vía para simplificar el procedimiento penal, a la vez que una forma que permite a las personas ofendidas por el delito

⁶ En el sistema de la ONU, la Resol. 2002/12 estuvo precedida por la Resol. 1999/26 de 28 de julio de 1999 “Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restitutiva en materia de justicia penal” y por la Resol. 2000/14 de 27 de julio de 2000 “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal”. Vide Hernández Gómez, Isabel. “Justicia restaurativa, mediación penal y principio de oportunidad”. En Roca Martínez, J. (Dir.) *El Acceso a la Justicia*. Asociación de Profesores de Derecho Procesal “Proceso y Garantías”. Valencia. Tirant lo Blanch, 2018, p. 232.

⁷ Roach, Kent. “Four models of the criminal process”. En *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 89, N° 2, 1999, pp. 699 y sig., con especial énfasis en le *modelo no punitivo de los derechos de las víctimas*.

⁸ Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal* (Trad. G. Córdoba y D. Pastor). Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 83 – 86

⁹ Horvitz Lennon, M.; López Masle, J. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, año 2002, p. 336.

seleccionar los casos en que provocarán la intervención jurisdiccional y los que solucionarán extrajudicialmente; aun en el caso que se hubiese provocado la intervención judicial, el mecanismo de la *conciliación*, que privilegia la verdad consensuada para la solución del conflicto, supone una activa participación de la víctima en la resolución del conflicto penal¹⁰.

Lo anterior es sin perjuicio que, en lo juicios por delito de acción penal privada, otras manifestaciones de voluntad de la víctima como la retractación oportuna, la renuncia del ofendido, las explicaciones satisfactorias y demás causas similares de extinción de la acción penal previstas por los respectivos sistemas, provoquen al sobreseimiento de la causa¹¹.

El régimen de la acción penal pública previa instancia particular tiene algún sentido si se analiza desde el punto de mira del poder del ofendido para seleccionar los casos que someterá a la persecución y jurisdicción del Estado, pero no deja de llamar la atención los criterios del legislador para establecer el catálogo de delitos sujetos a tal régimen. En los heterogéneos catálogos se cuentan delitos de contagio de enfermedades, violación y agresiones sexuales cometidos contra personas mayores de edad, según establece el CPP Costa Rica en su art. 18, delitos de violación de secreto profesional, lesiones de mediana y baja gravedad y amenazas, como dispone el CPP de Chile en su art. 54, o los del largo catálogo del art. 74.2 del CPP de Colombia, país en el que para que el Estado dé inicio a la acción penal se requiere el ejercicio de la querrela en un número importante de delitos que afectan distintos y variados bienes jurídicos¹².

Esa disparidad de criterios para integrar y agrupar delitos de acción penal pública previa instancia particular es, a nuestro juicio, el producto de cómo los distintos modelos evalúan la preponderancia de la voluntad del ofendido por el delito en la activación de la persecución penal y el consecuente juzgamiento.

¹⁰ Maier, Julio. "Mecanismos de simplificación del procedimiento penal". En Massa, M.; Schipani, S. *Un "Codice Tipo" di Procedura Penale per L'America Latina*. Padova, CEDAM, 1994, pp. 264 – 265.

¹¹ Según propone el *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, en su art. 382.

¹² Letelier Loyola, Enrique. "¿Crisis de identidad del juicio penal?". En *Revista Direito GV*. VOL. 14 N° 1, ene – abr, 2018, pp. 201.

Algún debate plantea la admisión de la víctima en el ejercicio de la acción penal pública, pues los modelos se han decantado por aceptarla como acusador privado independiente del persecutor público o como acusador privado adhesivo del acusador público. El tema reviste complejidad porque se trata de identificar en la opción legislativa el abanico de derechos que cada sistema reconoce a la víctima en la persecución penal: reconocer su derecho de actuar como acusador privado autónomo significa, en buenas cuentas, reconocer en la víctima un interés tutelado por el derecho en la imposición de una pena al acusado; admitir su actuación solo como acusador adhesivo implica reconocer en su favor un interés jurídicamente tutelado en el proceso penal como *ius ut procedatur*¹³.

Sin perjuicio que pueda discutirse si en el proceso penal hay efectivo ejercicio de una acción, incluso por parte del órgano oficial (Ministerio Público, Ministerio Fiscal o como se denomine)¹⁴, pueden reconocerse buenos argumentos para admitir la participación del ofendido en el procedimiento penal oficial, bien como acusador particular o bien como acusador adhesivo¹⁵. La víctima es, junto al victimario, un protagonista de conflicto penal, por lo que cualquier solución *idónea* desde el punto de vista político (pacificación social) y desde el punto de vista empírico (reparación del daño) debe atender a su interés; por otra parte, la intervención activa del ofendido permite que la sociedad, por su conducto, controle la actuación del órgano oficial de persecución y de las policías, posición que se ve reforzada al permitírsele un rol de acusador privado con el ejercicio autónomo de la acción penal, ora ejerciendo una acusación cuando el órgano oficial decide, a través de cualquier vía jurídicamente regulada, no perseverar en la persecución penal, ora impugnando autónomamente la sentencia desfavorable a sus intereses¹⁶.

¹³ Barona Vilar, Silvia. *Mediación Penal. Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 101; González Cano, Isabel. *La Mediación Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 41.

¹⁴ Bordalí Salamanca, Andrés. “La acción penal y la víctima en el Derecho chileno”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2º Semestre de 2011, pp. 529 y ss.

¹⁵ P. Paulesu, “Vittima del reato...”, cit., pp. 400 y sig.

¹⁶ J. Maier, “La víctima...”, cit., p. 43, lo describe como una función de contrapeso y control externo del ministerio público y la policía.

La participación de la víctima como acusador adhesivo, en cambio, no permite que éste ejerza autónomamente la acción penal ni impugne la sentencia que le causa agravio sino subordinado a la decisión del órgano oficial. Bajo este modelo que reconoce la prevalencia de la persecución penal pública “resulta imposible dejar que la persecución continúe (acusación o recurso contra la sentencia) solo por voluntad del ofendido.”¹⁷ Este es el modelo que recoge prevalentemente el *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica* en sus artt. 78 (querellante adhesivo), 269 (adhesión del querellante a la acusación pública) y 339 (recurso del querellante por adhesión)¹⁸.

En nuestra opinión no resulta adecuado reconocer a la víctima el derecho de intervenir como acusador privado autónomo, porque además de existir fuertes dudas de si detenta un interés jurídicamente protegido en el castigo penal, es decir titularidad sobre el *ius puniendi*, como hemos puesto de relieve en otra parte¹⁹, la intervención del la víctima en esa posición acusadora tiende a debilitar aun más, en desmedro del acusado, el delicado equilibrio de poderes entre los intervinientes del proceso a que se llega después de formulada con la acusación. Durante la fase de investigación la actuación del ministerio público genera un desequilibrio de poderes que cede en favor del persecutor público, porque no cabe duda de que este órgano oficial, detentador de *ius perseguendi*, tiene el máximo protagonismo en la instrucción²⁰, por lo que los sistemas deben tender

¹⁷ J. Maier, *ibídem*, p. 44.

¹⁸ Se dice que es el modelo preponderante, porque en el al texto principal de art. 78 se propone, en subsidio, uno diverso que suprime la calificación de “adhesivo” para los países que prefieran políticamente “un querellante con mayores atribuciones para la persecución penal”, incorporando en sus sistemas la acción popular. En el art. 339 se propone un texto que permite a querellante “acusar él mismo”. Véase *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica* en Massa, M.; Schipani, S. *Un «Codice Tipo» di Procedura Penale...*, cit., “Appendice.”

¹⁹ E. Letelier Loyola, “¿Crisis de identidad...?”, cit., p. 203.

En el mismo sentido A. Bordalí Salamanca, “La acción penal...”, cit., p. 523; S. Barona Vilar, *Mediación Penal...*, cit., p. 104 e I. González Cano, *La Mediación...*, cit., pp. 41 y sig.

²⁰ Nieva Fenoll, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Edit. B de F, 2002, p. 62.

a que ese *desequilibrio estructural* no se perpetúe en la fase de juicio²¹. Entonces, reconocer a la víctima un derecho de intervenir como acusador privado, con autonomía del ministerio público, coloca al acusado en una posición desmejorada por enfrentarse a más de un acusador, estar sujeto al riesgo de una condena aun cuando el persecutor oficial haya decidido no proseguir penalmente, o bien quedar sujeto al riesgo que le sentencia favorable sea revocada en su perjuicio, aun sin impugnación mediante del ministerio público²².

2. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL BAJO UN PARADIGMA REPARATORIO

Los modernos sistemas procesales penales han incorporado varios mecanismos que, regulados unas veces como excepciones al principio de legalidad, como salidas alternativas al juicio o, derechamente, como formas para descomprimir el sistema, atienden en mayor o menor medida al interés de la víctima en ser reparada de la lesión que el delito provocó en su persona o en su patrimonio.

Si bien se erige con una finalidad político-criminal distinta, el principio de oportunidad, tiende, indirectamente, a la satisfacción de la víctima, porque, según los criterios y modalidades aplicativas, permite que el persecutor oficial no ejercite la acción penal cuando entre otros casos, se la hubiere reparado prontamente (*vgr.*, art. 324.1 CPP Colombia, art. 25 pf. 2º CPP Guatemala). En estos casos, la circunstancia de hallarse satisfecho el interés de la víctima en ser reparada provoca que el sistema pierda interés en el castigo, es decir, en la retribución.

La suspensión del proceso a prueba permite, también indirectamente, que la víctima intervenga en el proceso penal haciendo valer su interés en la reparación, desde que uno de los requisitos de procedencia o una de las condiciones que el tribunal puede imponer al imputado sea, precisamente, la de reparar el daño casado (*vgr.* art. 231 texto alternativo

²¹ Illuminati, Giulio. “El Sistema Acusatorio en Italia”. En Bachmaier Winter, Lorena (Coord.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios* (Trad. L. Bachmaier). Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 154 – 155.

²² J. Maier, “La víctima...”, cit., p. 52.

del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, art. 27 pf. 2° CPP Guatemala, art. 25 pf. 2° CPP Costa Rica, art. 215.3 CPP Panamá y art. 238.e CPP Chile).

Si bien ambos modos de *diversión* tienen el evidente propósito de simplificar el procedimiento y separar tempranamente del proceso al imputado²³, reduciendo en su favor el riesgo de sufrir una condena, persiguen, aun indirectamente, fines reparatorios.

Algunos sistemas incorporan *acuerdos* sobre reparación de los daños, que se celebran intraprocesalmente y en el curso del proceso penal ya avanzado. Ellos permiten que, puesto el foco de atención, preponderantemente, en el derecho de la víctima en ser reparada, incluso en un tiempo lejano a la perpetración del delito, el proceso penal no continúe si se satisfacen las prestaciones a que se obliga el imputado (*vgr.* acuerdos reparatorios, artt. 241 y 242 CPP Chile; reparación integral del daño como causal de extinción de responsabilidad penal, art. 30.j CPP Costa Rica).

Incluso, después de ejecutoriada la decisión de condena, existen vías que permiten discutir, incidentalmente y con derecho de aportar pruebas, cómo el condenado reparará los daños causados a la víctima. Es el caso, por ejemplo, del *incidente de reparación integral* colombiano, que se promueve a solicitud de la víctima una vez que se halla firme la sentencia condenatoria (Cap. IV, Tít. II, Libro I, artt, 102 a 108 CPP Colombia).

La relevancia de estos institutos insertos en el seno de un proceso penal, bien que se acuda a ellos para limitar la persecución penal, para atenuar la aplicación de una pena o para trazar el plan de reparación que debe asumir el condenado, está en que el fomento a la reparación favorece los fines de *prevención general* del derecho penal, desde que se tiende hacia la pacificación social y el restablecimiento del orden jurídico²⁴, a la vez que permite el cumplimiento de fines de *prevención especial*, porque enfrenta al autor del delito con la concreta lesión que su conducta ha causado en la víctima²⁵.

²³ Spangher, Giorgio. “Meccanismi di semplificazione del procedimento”. En Massa, M.; Schipani, S. *Un «Codice Tipo» di Procedura Penale...*, cit., pp. 295 y sig.

²⁴ K. Roach, “Four models...”, cit., p. 707

²⁵ Roxin, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 31 y sig.

3. LA VÍCTIMA EN LOS PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

La participación conjunta y activa de la víctima y el imputado (acusado o condenado) en la solución del conflicto penal y la búsqueda de un resultado restaurativo, es una posibilidad que se concreta cada más y de mejor manera en los diversos sistemas. Si las experiencias de algunos países del *common law* fueron estudiadas y desarrolladas para tender hacia la construcción de un *sistema de justicia restaurativa* aplicable en materia penal (Canadá, Estados Unidos de Norteamérica, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda)²⁶, en nuestro orbe de raíz europeo continental e iberoamericana el reposicionamiento o redescubrimiento de la víctima como sujeto activo en la búsqueda de resultados restaurativos, en los mismos asuntos, muestra importantes avances bajo el amparo de la *mediación penal* (vgr. en Panamá, Colombia y México, con regulación en el CPP y Argentina con regulación especial; en Bélgica, Alemania, Francia, Austria y Portugal; con menor amplitud y regulación en Italia y España)²⁷.

Sin perjuicio que, como se ha explicado por la doctrina, es menester no confundir justicia restaurativa con mediación penal, tanto por el distinto origen de estos modelos, cuanto por las modalidades restaurativas de uno y otro²⁸, lo relevante es que ambos, inspirados en el ideal de humanización de la justicia penal²⁹, suponen una *alternativa* al proceso penal tradicional retributivo poniendo atención en el daño que el agente del delito causa al ofendido y la comunidad. El delito es un fenómeno de índole *interrelacional*³⁰, subyaciendo la idea “de que el crimen es un

²⁶ A. Mera González-Ballesteros, “Justicia restaurativa...”, cit., pp. 171 – 172.

²⁷ I. Hernández Gómez, “Justicia restaurativa...”, cit., 245 – 250 y E. Letelier Loyola “¿Crisis de identidad...?”, cit., pp. 209 – 2010.

²⁸ Jimeno Bulnes, Mar. “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”. En Diario La Ley N° 8624, 2015.

²⁹ I. González Cano, *La Mediación Penal*, cit., p. 47.

³⁰ Castillejo Manzanares, Raquel. “ADR y justicia restaurativa. La mediación”. En Roca Martínez, J. (Dir.) *El Proceso Penal en Ebullición*. Barcelona, Edit. Atelier, 2017, p. 114.

Cuando se habla de alternativa, se pone énfasis en que los modelos de justicia restaurativa prescinden del modelo punitivo tradicional centrado en el castigo al delincuente, con una serie de instrumentos denominados ADR

conflicto interpersonal y que su solución efectiva debe ser desde dentro, entre los propios implicados en el mismo.”³¹

Varias son las modalidades restaurativas que asumen estos modelos, influidas, según se adelantó, por una tradición más o menos reciente³². Las *Family Group Conferences* de Nueva Zelanda, usadas en el ámbito de la justicia juvenil, recogen críticas del pueblo maorí al modelo tradicional de justicia³³ y algunas de sus tradiciones³⁴, la modalidad de *circles* o círculos comunitarios en Canadá ha estado influida por las prácticas reparativas de los pueblos aborígenes; en Alemania, el Proyecto Alternativo de Reparación de 1992, con antecedentes en uno del año 1966, dio un importante impulso al movimiento restaurativo³⁵. Por lo mismo, no es posible identificar un único modelo de justicia restaurativa, porque cada uno está influido por las diversas prácticas, tradiciones y sistemas jurídicos en los que se inserta.

Sin embargo, a efectos de este trabajo, resulta interesante destacar algunos estándares mínimos que todo modelo de justicia restaurativa debe lograr, para que no se pierda el foco en el modelo de justicia *no punitiva* basado en los derechos de las víctimas. No pretendemos, al menos en esta parte, tomar los estándares del proceso penal con todas las garantías (o *debido proceso*) e intentar adoptarlos críticamente en sede de los modelos de justicia restaurativa, porque, por un lado, el proceso penal tiene una estructura propia que tributa a un modelo autoritario y, por otro, la posición de las intervinientes en el proceso penal, como

(*alternative dispute resolutions*) que cambian el paradigma de la justicia tradicional. Vide S. Barona Vilar, “Mediación post *sententiam*...”, cit., p. 480.

La flexibilización del modelo hace que hoy se perciba a las ADR como modalidades integradas a los tribunales de justicia (sistema de justicia “multi-puertas”). Vide Barona Vilar, Silva. *Nociones y Principios de las ADR (Solución Extrajurisdiccional de Conflictos)*. Valencia, Titant lo Banch, 2018, p. 27.

³¹ Martínez Sánchez, M^a Cristina. “La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal”. En *Revista de Derecho UNED*, N^o 16, 2015, p. 1241.

³² S. Barona Vilar, *Mediación Penal...*, cit., pp. 144 y sig.

³³ A. Mera González-Ballesteros, “Justicia restaurativa...”, cit., p. 169

³⁴ Stang, Heather. “Experiments in restorative justice”. En Drahos, Peter (Ed.) *Regulatory Theory. Foundations and Applications*. ANU Press, 2017, p. 484.

³⁵ I. Hernández Gómez, “Justicia restaurativa, mediación penal...”, cit., p. 26.

núcleos de interés, es totalmente diversa a la “partes” de un modelo de justicia restaurativa³⁶.

Un contenido normativo mínimo de justicia restaurativa debe diseñar las modalidades restaurativas de modo que la víctima pueda libre y voluntariamente participar en la búsqueda del acuerdo (víctima empoderada), que todos los involucrados tengan la oportunidad de contar sus relatos sobre el o los hechos que provocan el conflicto penal y que los mismos se oigan con respeto en un contexto dialógico³⁷. A pesar de que se trata de un contenido normativo mínimo es necesario que la ley regule el programa y las modalidades de justicia restaurativa, pues una situación de desregulación provoca que no se conozca cuál es el modelo aplicable ni dónde él se inserta³⁸.

La Resolución 12/2002 de ECOSOC, *Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restitutiva en Materia Penal*, es una fuente relevante para que los Estados puedan regular las modalidades de justicia restaurativa, aun cuando es preciso evitar un trasplante acrítico de sus preceptos para evitar el riesgo de afectar los derechos y garantías del imputado (principalmente su derecho a la presunción de inocencia y su derecho a guardar silencio)³⁹. Con esos recaudos, la Resol. 12/2002 aporta normas que guían de manera muy clara hacia los beneficios de la justicia restaurativa:

II. Utilización de programas de justicia restitutiva:

7. Los procesos restitutivos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el

³⁶ En extenso A. Mera González-Ballesteros, “Justicia restaurativa...”, pp. 179 y sig.

³⁷ J. Braithwaite, “The fundamentals...”, cit., pp. 36 y sig.

³⁸ Es la actual crítica que se puede formular a la mediación penal en España, que poco a poco ha ido sumando experiencias, máxime con la vigencia, desde 2015, de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito. Vide Martín Diz, Fernando. “Mediación en la administración de justicia: balance actual y perspectivas de futuro”. En Martín Diz, F. (Dir.) *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo*. Santiago de Compostela, Edit. Andavira, 2017, pp. 90 y sig.

³⁹ En el ámbito europeo, es preciso tener en cuenta la Directiva 2012/29/UE de noviembre, que establece normas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas de delito.

consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

8. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restitutivo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores.

9. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restitutivo y al llevar a cabo ese proceso.

10. La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restitutivo y al llevar a cabo ese proceso.

Sin duda que quedan abiertas las puertas para que los programas de justicia restaurativa y las modalidades que asuman tomen postura sobre cuestiones muy opinables, como, por ejemplo, si la mediación penal, principal modalidad restaurativa en nuestros órdenes, debe ser intraprocesal o más bien deba tenderse hacia su independización del proceso penal⁴⁰; o cuál es el ámbito de aplicación que haya de darse a los programas de justicia restaurativa (mediación penal para adultos, modalidades restaurativas en delitos que afecten bienes jurídicos extra patrimoniales); o si los programas de justicia restaurativa son o no compatibles con situaciones de postconflicto y justicia transicional⁴¹; o bien si es posible implementar, con éxito, modalidades restaurativas en

⁴⁰ F. Martín Diz, *ibídem*.

⁴¹ Uprimny, Rodrigo; Saffon, M^a Paula. “Justicia transicional y justicia restaurativa. Tensiones y complementariedades”. En Rettberg, Angelika (Comp.) *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, pp. 220 y sig.; Sampedro Arrubla, Julio. “La “cultura del encuentro” en el proceso penal: un instrumento de justicia restaurativa para la construcción de la paz”. En *Actas del XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Cartagena de Indias, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2017, pp. 389 – 404.

la etapa de ejecución de la sentencia condenatoria, como demuestran positivamente algunas experiencias⁴². Sin duda, para el desarrollo de estos y otros tópicos de los programas de justicia restaurativa, se requiere, además, de relevantes cambios sociales⁴³.

SÍNTESIS CONCLUSIVA

El reconocimiento del derecho de la víctima a ser reparada de los daños sufridos por el delito es una exigencia insoslayable para los modelos de justicia penal, que deben permitir una activa participación de la víctima en la búsqueda y concreción de los resultados restaurativos.

No resulta adecuado potenciar los poderes de participación de la víctima reconociéndole el derecho de ejercer autónomamente la acción penal pública como acusador privado independiente del órgano oficial, puesto que, por un lado, se desestabilizan en perjuicio del acusado los equilibrios que el proceso penal debe mantener y, por otro, se refuerza el carácter retributivo del modelo que poco resultado ha demostrado en materia de prevención del delito, amén que significa reconocer en su favor una suerte de derecho a castigo o titularidad sobre el *ius puniendi*.

Sin embargo, los modelos que reconocen el derecho de la víctima a ser reparada no pueden conformarse con establecer instituciones indirectamente reparatorias, como el principio de oportunidad, las conformidades, la suspensión del proceso a prueba o la conciliación, puesto que ellas persiguen directamente el fin de descomprimir el sistema y tienen efectos limitados. Los programas de justicia restaurativa, en cambio, aprovechando la riqueza de las prácticas restaurativas de cada comunidad, deben permitir que la víctima intervenga en una posición de libertad y activamente en las modalidades restaurativas que la ley reconozca (mediación penal, conferencias, círculos, etc.), permitiéndole que, juntamente con el ofensor y en un espacio dialógico y de respeto, participe en la búsqueda del resultado restaurativo.

⁴² Lummer, R.; Hagemann, O.; Reis, S. *Restorative Justice pt Post- Sentencing Level in Europe*. Schleswig-Holstein Association for Social Responsibility in Criminal Justice; Victim and Offender Treatment, 2015, con informe de los proyectos piloto, entre otros, en Croacia y Portugal.

⁴³ J. Braithwaite, "The fundamentals...", cit., p. 41.

BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, Silva. *Nociones y Principios de las ADR (Solución Extrajudicial de Conflictos)*. Valencia, Tirant lo Banch, 2018.

BARONA VILAR, Silva. “Mediación *post sententiam* en delitos de terrorismo. De la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (Especial referencia a los encuentros entre víctimas y condenados ex miembros de la banda terrorista ETA)”. En Jimeno Bulnes, M.; Pérez Gil, J. (Coord.) *Nuevos Horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*. Bosch Editor, 2016, pp. 477 – 491.

BARONA VILAR, Silva. *Mediación Penal. Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

BERTOLINO, Pedro. “La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina”. En VV.AA. *La Víctima en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1997, pp 3 – 68.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “La acción penal y la víctima en el Derecho chileno”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2º Semestre de 2011, pp. 513 – 545.

BRAITHWAITE, John. “The fundamentals of restorative justice”. En JOWITT, A.; NEWTON, T. *A Kind of Meaning. Restorative Justice in the Pacific Islands*. ANU Press, 2010, pp. 35 – 43.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. “ADR y justicia restaurativa. La mediación”. En ROCA MARTÍNEZ, J. (Dir.) *El Proceso Penal en Ebullición*. Barcelona, Edit. Atelier, 2017, pp. 113 – 129.

GONZÁLEZ CANO, Isabel. *La Mediación Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. “Justicia restaurativa, mediación penal y principio de oportunidad”. En ROCA MARTÍNEZ, J. (Dir.) *El Acceso a la Justicia*. Asociación de Profesores de Derecho Procesal “Proceso y Garantías”. Valencia. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 229 – 275.

HORVITZ LENNON, M.; LÓPEZ MASLE, J. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, año 2002, p. 336.

ILLUMINATI, Giulio. “El Sistema Acusatorio en Italia”. En BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios* (Trad. L. Bachmaier). Madrid, Marcial Pons, 2008.

JIMENO BULNES, M^a Mar. “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”. En *Diario La Ley* N° 8624 / 2015.

MAIER, Julio B.J. “La víctima y el sistema penal”. En *Jueces para la Democracia*, N° 12, 1/1991, pp. 31 – 52.

MAIER, Julio B.J. “Mecanismos de simplificación del procedimiento penal”. En MASSA, M.; SCHIPANI, S. *Un «Codice Tipo» di Procedura Penale per L'America Latina*. Padova, CEDAM, 1994, pp. 251-270.

LETELIER LOYOLA, Enrique. “¿Crisis de identidad del juicio penal?”. En *Revista Direito GV*. Vol. 14 N° 1, ene – abr, 2018, pp. 192 – 221.

LUMMER, R.; HAGEMANN, O.; REIS, S. *Restorative Justice pt Post- Sentencing Level in Europe*. Schleswig-Holstein Association for Social Responsibility in Criminal Justice; Victim and Offender Treatment, 2015.

MARTÍN DIZ, Fernando. “Mediación en la administración de justicia: balance actual y perspectivas de futuro”. En MARTÍN DIZ, F. (Dir.) *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo*. Santiago de Compostela, Edit. Andavira, 2017, pp. 65 – 113.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M^a Cristina. “La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal”. En *Revista de Derecho UNED*, N° 16, 2015, pp. 1237 – 1263.

MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra. “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”. En *Revista Ius et Praxis*, año 15, N° 2, pp. 185 – 195.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Edit. B de F, 2002.

PAULESU, Pier Paolo. “Vittima del reato e processo penale”. En *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXIII (2^a), N° 2, mar – apr, 2018, pp. 388 – 403.

ROACH, Kent. “Four models of the ciminal process”. En *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 89, N° 2, 1999, pp. 671 – 716.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal* (Trad. G. Córdoba y D. Pastor). Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

SAMPEDRO ARRUBLA, Julio. “La ‘cultura del encuentro’ en el proceso penal: un instrumento de justicia restaurativa para la construcción de la paz”. En *Actas del XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Cartagena de Indias, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2017.

STANG, Heather. “Experiments in restorative justice”. En DRAHOS, Peter (Ed.) *Regulatory Theory. Foundations and Applications*. ANU Press, 2017, pp. 483 – 498.

SPANGHER, Giorgio. “Meccanismi di semplificazione del procedimento”. En MASSA, M.; SCHIPANI, S. *Un «Codice Tipo» di Procedura Penale per L'America Latina*. Padova, CEDAM, 1994, pp. 289 – 303.

UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, M^a Paula. “Justicia transicional y justicia restaurativa. Tensiones y complementariedades”. En RETTBERG, Angelika (Comp.) *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, pp. 211 – 232.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

Declaração de autoria (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste editorial estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplagio

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

LETELIER LOYOLA, Enrique. Editorial del Dossier “Medios alternativos, consensos y la participación de la víctima en el proceso penal”: Participación de la víctima en la solución del conflicto penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.224>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.