

# **UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS ÁMERICAS**

**Reconocimiento del daño como un requisito  
en las medidas alternas en Justicia  
Restaurativa. Análisis a la luz del principio de  
inocencia y legalidad**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO  
DE LICENCIATURA EN DERECHO**

**JOSÉ DANIEL CHACÓN CAMACHO**

**SAN JOSÉ, COSTA RICA 2019**

**AGRADECIMIENTOS:**

*Al Lic. Orlando Vargas Chacón,  
tutor de mi investigación, ya  
que, su apoyo y guía fueron  
fundamentales para sacar  
adelante este proyecto. Le estaré  
eternamente agradecido por  
acomodar las piezas de lo que,  
en un principio no parecía  
encajar de ninguna manera.*

**DEDICATORIA:**

*A mis papás, Eduardo y Adriana  
por estar presentes en todo  
momento y no dudar ni un  
segundo de mí, a pesar de que  
yo mismo, dudé en muchas  
ocasiones.*

## Tabla de contenido

<b>CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	7
OBJETIVOS .....	10
JUSTIFICACIÓN .....	11
<b>ANTECEDENTES .....</b>	<b>12</b>
COSTA RICA .....	14
DECLARACIÓN DE VIENA .....	24
INSTITUTO LATINOAMERICANO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE .....	25
PROGRAMA REDES DE APOYO.....	27
REGLAS DE TOKIO .....	28
<b>DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>29</b>
BRASIL.....	29
CHILE.....	30
MÉXICO.....	31
ARGENTINA .....	32
COLOMBIA .....	32
<b>CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>34</b>
<b>EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO .....</b>	<b>34</b>
EL DERECHO GENERAL A LA JUSTICIA .....	35
EL DERECHO GENERAL A LA LEGALIDAD .....	36
EL DERECHO AL JUEZ REGULAR.....	36
LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSA .....	37
EL PRINCIPIO DE INOCENCIA .....	38
PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	43
EL PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO .....	44
LOS DERECHOS AL PROCEDIMIENTO.....	45
EL DERECHO A UNA SENTENCIA JUSTA.....	46
EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA.....	47
LA EFICACIA FORMAL DE LA SENTENCIA (COSA JUZGADA) .....	47
DERECHO A LA EFICACIA MATERIAL DE LA SENTENCIA .....	48
<b>DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO .....</b>	<b>48</b>

<b>REPARACIÓN DEL DAÑO.....</b>	<b>57</b>
<b>SOBRE LA ACCIÓN PENAL .....</b>	<b>61</b>
EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL .....	63
<b>MEDIDAS ALTERNAS .....</b>	<b>64</b>
SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA .....	65
CONCILIACIÓN.....	78
REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO .....	80
<b>OBSTÁCULOS EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNAS .....</b>	<b>82</b>
<b>MECANISMOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS..</b>	<b>87</b>
MEDIACIÓN.....	87
NEGOCIACIÓN .....	89
CONCILIACIÓN.....	89
ARBITRAJE.....	89
<b>SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA .....</b>	<b>89</b>
<b>PRINCIPIOS .....</b>	<b>90</b>
ACCESIBILIDAD.....	93
ALTO APOYO Y CONTROL.....	93
CONFIDENCIALIDAD Y PRIVACIDAD.....	94
INSERCIÓN SOCIAL.....	95
JUSTICIA PRONTA Y CUMPLIDA .....	95
NO CONTENCIOSO.....	96
RESPECTO A LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS PROCESALES.....	96
RECONOCIMIENTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR EL HECHO DELICTIVO.....	96
RESPONSABILIDAD ACTIVA.....	98
SUPLETORIEDAD .....	98
ORALIDAD .....	99
VOLUNTARIEDAD .....	99
<b>ELEMENTOS ESTRUCTURALES .....</b>	<b>99</b>
ENCUENTRO .....	100
ENMIENDAS .....	100
REINTEGRACIÓN .....	100

INCLUSIÓN .....	101
<b>SUJETOS INVOLUCRADOS .....</b>	<b>102</b>
LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES .....	102
EL SUJETO PASIVO .....	102
EL INDICIADO .....	102
<b>FASES.....</b>	<b>103</b>
TERTULIA .....	103
NARRATIVA .....	103
EMOCIÓN.....	103
ENTENDIMIENTO .....	104
ACUERDO.....	104
<b>PROCEDENCIA .....</b>	<b>104</b>
<b>MÉTODOS.....</b>	<b>106</b>
MEDIACIÓN DE LA VÍCTIMA Y EL INFRACTOR .....	107
REUNIONES DE RESTAURACIÓN O CONFERENCIAS COMUNITARIAS .....	107
CÍRCULOS.....	108
ASISTENCIA A LA VÍCTIMA.....	108
ASISTENCIA A EX DELINCUENTES .....	109
RESTITUCIÓN.....	109
SERVICIO COMUNITARIO .....	109
LA MEDIACIÓN Y EL ENCUENTRO .....	109
CONCILIACIÓN POST-JUDICIAL.....	109
<b>PROCEDIMIENTO.....</b>	<b>109</b>
<b>EFFECTOS .....</b>	<b>115</b>
<b>RESOCIALIZACIÓN .....</b>	<b>119</b>
<b>CRÍTICAS .....</b>	<b>122</b>
<b>CAPÍTULO 3: MARCO METODOLÓGICO .....</b>	<b>126</b>
ENFOQUE UTILIZADO .....	126
MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN.....	127
UNIDADES DE ANÁLISIS.....	128
PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.....	129
INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN .....	129

<b>VIABILIDAD .....</b>	<b>129</b>
<b>CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE RESULTADOS.....</b>	<b>131</b>
<b>CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES .....</b>	<b>137</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>142</b>
<b>APÉNDICES.....</b>	<b>146</b>

## **CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Uno de las vías alternas para el tratamiento de conductas delictivas que, está ganando popularidad en la era actual es el sistema de Justicia Restaurativa. La premisa sobre la cual se sustenta este programa, recientemente reconocido como ley, es principalmente que, a diferencia de la vía clásica en los procesos judiciales, el objetivo último no será tanto que una autoridad “imparta justicia” sino delegar en la voluntad de las involucrados, el destino de su propia contienda, claro está, siempre con la homologación de la autoridad superior para validar los efectos. Para ello, se facilitarán herramientas y un ambiente propicio, pero sin que esa autoridad en cuestión se haga notar demasiado.

La otra característica fundamental de la Justicia Restaurativa es que posee un énfasis muy marcado en la reparación antes que el castigo. Por ende, el fin que se persigue y los caminos que se transitarán para llegar a él, resultarán muy distintos a los del sistema penal tradicional.

La Justicia Restaurativa ha venido a construir nuevos paradigmas con los cuales trabajar en materia de Derecho Penal y ha representado un reto para aquellos profesionales de la materia que luego de tantos años de desempeñar su labor de cierta manera, se han visto obligados a familiarizarse con tácticas novedosas de abordaje del delito. Esto se debe de tener presente puesto que no todas las personas poseen las mismas concepciones en lo que se refiere a la reputación de aquellos que violentan las normas y como consecuencia, no todos los abogados penalistas ven con buenos ojos la posibilidad de que esos individuos participen activamente en alguna especie de arreglo.

Sin embargo, es posiblemente una cuestión de tiempo para que las nociones sociales sobre las que se ha construido el reciente programa restaurativo se terminen solidificando con la aceptación colectiva de quienes integran la sociedad. Es importante mencionar que el presente año 2019 que recién comienza, trae consigo la entrada definitiva en vigencia de la Ley de Justicia Restaurativa (9582), elemento que hasta ahora se había manejado básicamente como un programa de notorios tintes experimentales, pero sin regularse formalmente.

No obstante, es bien sabido que la promulgación de una ley no implica necesariamente que, para adquirir dicho status, su contenido se haya perfeccionado definitivamente.

En el caso particular de la Justicia Restaurativa, para que una persona que se encuentra sujeta a un proceso penal pueda optar por acogerse al programa, debe cumplir con una serie de requisitos (los cuales serán desglosados específicamente más adelante), y entre estos está, el reconocimiento de un daño causado a la sociedad. Tal acción por parte del encausado es fundamental porque si no es posible atribuir una carga al sujeto, no tendría sentido exigirle que responda por ella.

Surge entonces una problemática a nivel del proceso y de como este se está conduciendo. Prácticamente, al imputado se le coloca en un estado de vulnerabilidad temporal con el fin de otorgarle una oportunidad de corregir las consecuencias de su actuar delictivo. Para ello, tendrá que interactuar directamente con las otras partes involucradas (el, o los ofendidos).

Si bien es cierto que la efectividad de este método ha resultado ser hasta ahora sobresaliente, siempre está la posibilidad de que la reunión no rinda frutos. Por ende y aunque no revista mayores consecuencias, la aceptación de los hechos por parte del investigado podría considerarse como inadecuada en esa etapa procesal específica.

Tal declaración (aunque en el sentido estrictamente jurídico, no sea una declaración típica) puede llegar a constituir una violación a los principios de inocencia y legalidad dentro del proceso penal, puesto que, una vez descartada la opción de la reunión restaurativa por haber esta fracasado en sus propósitos, el expediente es devuelto a la vía ordinaria y ahí retoma el camino clásico.

Claro que reconocer la participación en un hecho delictivo, no se toma obligatoriamente como una declaración si las circunstancias bajo las cuales se hizo, fueron excepcionales. El mismo Código Procesal Penal establece que la “aceptación” de un actuar antijurídico con el propósito de optar por una suspensión del proceso, no puede ser posteriormente tomada como una declaración de culpabilidad oficial del imputado por parte del Ministerio Público.

Ese mismo principio aplica para lo que es Justicia Restaurativa ya que en el artículo 4 inciso c de la Ley 9582 se menciona: *“Quienes participen en cualquier diligencia, reunión o trámite, que accedan a información de las actuaciones restaurativas, tendrán la obligación de guardar secreto y no podrán ser utilizadas para otros fines procesales, si el caso es devuelto al procedimiento ordinario correspondiente.”*.

Es por todo lo expuesto que la presente investigación se enfocará primero; en explicar a fondo lo que es la Justicia Restaurativa con ayuda de diversos materiales bibliográficos y jurisprudenciales. Lo mismo con los principios del Derecho Penal entre los que se encuentran como se verá en su momento, el de legalidad y el de inocencia. También desarrollar extensamente lo relativo a los métodos alternos para determinar en que punto convergen con las pretensiones de la Justicia Restaurativa y que similitudes comparten.

Todo lo anterior se hará con la finalidad de comprender correctamente la composición y alcances de todos esos elementos y posteriormente ya con el conocimiento recolectado, determinar si se está dando actualmente, una afectación al derecho fundamental de no declarar contra sí mismo en los casos de Justicia Restaurativa.

Se excluye de la problemática planteada, los casos que se conocen en materia penal juvenil por dos motivos: Uno, incluir estos podría dar como resultado, un trabajo más complejo y, con ello, un enfoque difuminado. Es menester, establecer desde ahora, que aspectos del tema en estudio se tocarán y cuáles no a efectos de reducir, un posible contenido excesivamente largo. Dos, en materia penal juvenil, el reconocimiento del daño no es un requisito para optar por la Justicia Restaurativa, por lo que, el asunto no reviste interés para esta investigación en particular.

## **OBJETIVOS**

### **OBJETIVO GENERAL:**

- Determinar si la aceptación de provocación de un daño a terceros como requisito para acceder al programa de Justicia Restaurativa entra en contradicción con los principios de inocencia y legalidad.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Analizar la Ley de Justicia Restaurativa y su funcionamiento (respecto a su aplicación en la población adulta).
- Explicar los mecanismos alternos de resolución de conflictos en Derecho Penal y su relación con la ley referida.
- Delimitar cómo se originan y configuran los principios de inocencia y legalidad en el actual ordenamiento jurídico costarricense.

## **JUSTIFICACIÓN**

La inconsistencia que motiva este estudio y que promueve un análisis pormenorizado es el aparente conflicto entre una ley ya aprobada y un principio de Derecho Penal (Procesal). Siendo que la garantía a no declarar contra sí mismo está contemplada incluso en la Constitución Política, se puede decir entonces que se está dando una intromisión en terreno de derechos fundamentales.

La Ley 9582 al igual que cualquier normativa, es susceptible de presentar yerros u oscuridades sobre ciertos aspectos que den pie a confusiones. La Justicia Restaurativa no es, sin embargo, el único escenario en donde se presenta la contradicción entre reconocer los hechos acusados en pos de acordar una conciliación para evitar penas gravosas, y la protección constitucional de no referirse a los mismos. La suspensión del proceso a prueba es un claro ejemplo de que ya la discordancia reviste cierta antigüedad.

Por ende, aunque técnicamente no se pueda afirmar tajantemente que se está dando una violación directa al derecho de no declarar (tomando en cuenta que, en caso de que la conciliación no prospere, la aceptación previa de los hechos no puede tomarse como una declaración oficial), ciertamente el asunto reviste una especie de trampa con respecto a los preceptos legales establecidos, y puede prestarse a malinterpretaciones.

Tanto el principio de inocencia como el de legalidad deben ser respetados bajo cualquier circunstancia. Por ello, la presente investigación tendrá como finalidad, delimitar hasta qué punto, esos principios podrían ser afectados por el requisito de reconocimiento de un daño por parte de la persona que acude al programa de Justicia Restaurativa y, en caso de determinarse que existe una afectación, proponer algún tipo de mejora en lo referente a esa aplicación actual del método.

## ANTECEDENTES

Martin Wright, un reconocido jurista inglés expone un desarrollo histórico bastante sintetizado, pero a la vez, completo de la figura en estudio en su obra “Justice for Victims and Offenders A Restorative Response to Crime” (1996). En este libro, el autor argumenta que la concepción de personas ofendidas siendo resarcidas de algún modo por sus ofensores, se puede retrotraer a escenarios tan antiguos como la Edad Media inclusive.

Alrededor de ese tiempo y en los siglos posteriores cuando no se podía hablar aún del concepto de “Estado de Derecho”, no era extraño que en las sociedades se viera la venganza o el uso de la violencia excesiva como algo natural. Aunque estos conceptos no estuvieran regulados propiamente, se entendía (igual que hoy mediante el principio de legalidad) que todo aquello que carece de regulación es, por consiguiente, legal. Esto dio lugar a incontables derramamientos de sangre perpetrados por individuos o, grupos que buscaban aplicar justicia por “mano propia” así como frecuentes manifestaciones de anarquía en el pueblo.

Como respuesta a este acontecer, los reyes que gobernaban en ese entonces, vieron la necesidad de frenar de alguna manera, el descontento social. Ejemplo de ello son el Rey Ine de Wessex (688-726 d.c.), quien comenzó a aplicar una pena para los casos en que la venganza fuera llevada a cabo por ciudadanos sin existir un juzgamiento previo. También aportó a este asunto el Rey Alfred (871-901 d.c.) al disponer que no debiera la víctima, luchar por el daño que le fue ocasionado si antes no acudió al sistema oficial de justicia en busca de amparo.

Cabe destacar que, en Inglaterra, y en concordancia con las ideas ya expuestas, surge el concepto de “juicio por combate”, cuya premisa se basaba en lograr una reconciliación entre antagonistas bajo unos términos establecidos dejando así de lado, la utilización del sistema legal propiamente. Se le definía como un tipo de “guerra privada”. Aunque en teoría, este mecanismo suena justo y civilizado, lo cierto es que, por el contexto histórico, lo usual es que las conciliaciones fueran tratos acordados entre ciudadanos de una misma clase social (en condición de igualdad como, por ejemplo, los conformantes de la

clase guerrera). Los ciudadanos de menor categoría, se enfrentaban a castigos más arbitrarios y sanguinarios por su mera condición inferior.

Otra figura que menciona Wright es la de “infangthief”. Emanada al igual que las anteriores del Derecho Anglosajón, consistía a grandes rasgos en la existencia de dos posibles destinos para el perpetrador de un crimen, y el poder otorgado a su víctima para que eligiera cuál de esos sería más adecuado y por ende, tomaría lugar. La primera opción era autorizar la ejecución del condenado. La segunda, redimirle por medio de un pago (que se determinaba al tomar en cuenta su rango).

Posterior a estas etapas, Wright asegura que, del siglo XVII, existen registros de mediación con ofensor conocido lo cual contribuía a evitar la utilización del sistema legal institucionalizado. Con frecuencia bastaba la sola presencia de un tercero que fungiera de mediador. Sin embargo, este método de resolución de conflictos no se consideraba confiable por cuanto, al no intervenir el gobierno, no resultaba extraño que el o los ofendidos se aprovecharan de la vulnerabilidad de la otra parte para humillarle, y ejercer sobre él/ella la violencia, convencidos de que esa era la verdadera forma de invocar justicia.

En el siglo XVIII, la víctima se le suma protagonismo en la decisión de las consecuencias para con su ofensor. Las desventajas claro, es que esa víctima se exponía a la intimidación de amigos y/o familiares de su contraparte, además de que debía de hacer frente a los gastos del proceso. Al igual que en el pasado, este método fue mayoritariamente usado por las clases dominantes. En todo caso, el simple hecho de llegar a un juicio era percibido como un fracaso, por lo que se buscaba evitarlo. En ocasiones bastaba con una disculpa publicada en los diarios oficiales o remitida vía carta para dar por terminada la problemática (obviamente, siempre y cuando la otra parte aceptara).

En el siglo XIX, se otorgaron incluso más facilidades a la víctima para que hiciera valer sus derechos. Se puede hablar de la “Malicious Damage Act 1861” por mencionar alguno. Fue una ley que, facultaba al propietario de bienes dañados, a exigir una recompensa del perpetrador. El recibimiento de una compensación deja de ser entonces una simple propuesta que la misma víctima debe formular, para evolucionar a un aspecto reconocido por la legislación.

Wright (1996) considera el sistema de Justicia Restaurativa como la política criminal del nuevo milenio. Él señala que entre los años 1980 y 1993, los estadounidenses que se encontraban atados al sistema penal (en prisión o siguiendo un proceso) prácticamente se duplicaron. Para 1995, se estimaba que la población carcelaria de este país ascendía a los 4.9 millones de personas. De este porcentaje, se extraían unos 900,000 privados de libertad que descontaban su pena en cárceles federales y 450,00 en cárceles locales.

La sobrepoblación carcelaria es el origen de gran cantidad de taras sociales y contrario a lo que pudiese parecer, no contribuye con la consecución de la paz en general. La historia lo ha demostrado. Por ello, un modelo basado en la retribución en lugar del castigo parece ser la evolución lógica para las próximas décadas de acuerdo con lo que establece el autor.

## **COSTA RICA**

El acercamiento que se ha dado a nivel doctrinal e investigativo sobre la figura de la Justicia Restaurativa ha sido no demasiado extenso pero si lo suficientemente notable para no ser un tema que pase desapercibido. En el caso particular de Costa Rica, fue hasta finales de la primera década del 2000 que se empezó a introducir el concepto en los trabajos académicos de nivel universitario y desde entonces, cada vez es más frecuente encontrarse con nuevos textos que proponen ópticas variadas para entender y aplicar la figura en cuestión.

Posiblemente una de las primeras personas en sugerir que la adopción de la Justicia Restaurativa por parte de la legislación costarricense podría eventualmente funcionar de forma aceptable fue Michelle Mayorga Agüero en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, la cual se titulaba; Justicia Restaurativa ¿Una nueva opción dentro del sistema penal juvenil? Incorporación de los principios restaurativos dentro del proceso penal juvenil costarricense.

Este antecedente es notorio por su contexto, puesto que el trabajo de graduación fue presentado en abril del año 2009. Una época en la que aún ni siquiera se había elaborado el proyecto de Ley N° 9582. En ese entonces, con tal de conseguir hacer un análisis factible y novedoso de este elemento en específico, era necesario basar el estudio en los antecedentes

que pudiesen encontrarse en el Derecho Comparado. La información que llenaba los huecos en la legislación nacional, se vería suplida con los avances que ya se habían conseguido a nivel de normativa internacional.

Y es que la Justicia Restaurativa como una herramienta utilizable a efectos de tratar la comisión de determinados delitos comenzó una tímida aplicación en el año 2012 y durante los siguientes seis años hasta el pasado 2018, su legalidad se mantendría pendiente mientras se perfeccionaban ciertos elementos y se modificaban otros. Por tal razón, los Circuitos Judiciales del país en donde esta opción se encontraba presente eran la minoría.

Mayorga afirma que algunas de las herramientas procesales que se manejan actualmente en Derecho Penal, surgieron en su momento como respuesta a inquietudes que no distan demasiado de las que hoy en día, buscan impulsar el modelo de Justicia Restaurativa.

Durante los años noventas y como resultado del proceso de cambios a nivel internacional, el gobierno costarricense impulsó la reforma y modernización del sistema judicial vigente. El reconocimiento de los derechos de las partes, principalmente de las víctimas permitió una mayor participación de estas en la solución de sus propios conflictos con la incorporación de prácticas, que permitían el abordaje de algunos casos de forma alterna al proceso penal. (Mayorga, 2009, p. 147).

Claramente, la concepción del mundo de un individuo, será fuertemente influenciada por el entorno sociocultural en que le corresponda existir. El siglo XX fue un período de marcados cambios en la mentalidad de la población general, fruto de la inmensa cantidad de acontecimientos de índole política, económica y social que tomaron lugar en todo el mundo y con frecuencia, en espacios de tiempo pequeños.

Este fenómeno puede explicar el hecho de que las percepciones alusivas a quienes forman parte en un proceso penal se hayan moldeado, pasando a ser menos rígidas y cerradas con el transcurso del tiempo. Ya en la última década de ese siglo, se estaba dando la apertura a un modo de pensar más comprensivo con respecto a las soluciones que

pudiesen aplicarse a una conducta ofensiva ya cometida, dejando de lado la idea de simplemente castigar.

Para ese momento, dos problemas principales entorno a la administración de justicia eran la falta de acceso a la justicia y la falta de alternativas para los procesos judiciales, por lo que para esa época, se dio inicio a una serie de reformas legales y se crearon nuevas leyes que promovieron la participación real de la víctima en el proceso penal a través de la aplicación de las salidas alternas a éste, tales como la conciliación, la suspensión del proceso o la reparación integral, esto de conformidad con nuestra legislación procesal. (Mayorga, 2009, pp. 147-148).

Como puede observarse, entre las alternativas que emanan del Derecho Penal del nuevo siglo se encuentra la entre otras, la suspensión del proceso a prueba. En palabras de Mayorga (2009), es *“un instituto procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales (...)”*. También se reconocen dentro de la misma categoría otros institutos como la conciliación o la reparación integral del daño.

Pero estos son simplemente conceptos que la autora se dedica muy cuidadosamente a definir. Su verdadero aporte consistió en sacar a la luz lo que es básicamente Justicia Restaurativa alegando que los principios que para esta operan, son capaces de acoplarse a la materia penal juvenil para lograr un mayor éxito en la reinserción social de los infractores (que debe tenerse presente, al ser menores de edad, es aún más importante enfocar una solución que bordee el ingreso a un centro penal).

En síntesis, la redactora de aquel trabajo concluía que al rediseñar el sistema de justicia penal juvenil con una incorporación adecuada de esos principios, sería posible la *“materialización del sistema de protección integral a favor de las personas menores, la mejora en el manejo de las conductas delictivas realizadas por personas menores de edad, una verdadera participación y reparación de la víctima, así como la reinserción social del victimario”*. Diez años después de esta tesis, es un buen momento para saber si aquellos objetivos realmente se están cumpliendo o no.

Por otro lado, si se quiere comprender de donde surge esta concepción de dar por finalizado un proceso judicial con ayuda de una participación activa de sus involucrados, hay que acudir con obligación como se mencionó en su momento, a los hechos que acontecieron en otras naciones. Se suele decir que la Justicia Restaurativa se comienza a conceptualizar en Canadá en el año 1974. Paul Mccold en su artículo titulado “The recent history of restorative justice. Mediation, circles and conferencing” (La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias) del año 2013, comenta:

En un principio, la mediación era Justicia Restaurativa y la Justicia Restaurativa era mediación. En esta última, un tercero neutral (generalmente un voluntario de la comunidad entrenado o un especialista en trabajo social) facilita el diálogo entre la víctima y el ofensor quienes hablan acerca de cómo el crimen les afectó, comparten información, desarrollan por escrito un acuerdo de restitución mutuamente satisfactorio y desarrollan un plan de seguimiento.

Adicionalmente, Mccold explica que el modelo original de mediación que fue incorporado a principios de la década de 1970, evolucionó durante los siguientes lustros provocando que además de perfeccionarse, su premisa se dividiera en tres grandes ejes los cuales a su vez, se fueron desarrollando en distintas direcciones; Surgió la mediación comunitaria basada en la legalidad, el programa de reconciliación basado en la buena fe entre el ofensor y la víctima (Victim-Offender Reconciliation Program, VORP) y la mediación víctima-ofensor basada en el trabajo social (Victim-Offender Mediation).

La diferencia entre estos modelos, obedece a las estrategias que se emplean o incluso, a los resultados que se pretende con su aplicación. La mediación comunitaria es importante porque permite desarrollar tácticas de negociación dentro de un grupo, buscando siempre llegar a un acuerdo común entre todos los participantes. El programa de reconciliación de buena fe y la mediación basada en el trabajo social por su parte, se caracterizan por un abordaje humanista del problema, arreglando a nivel personal o prestando un servicio a la comunidad que por decirlo de algún modo, “redima” al ofensor de su conducta reprochable.

El círculo es fundamental para las culturas tradicionales aborígenes y los procesos sociales. Los procesos que utilizan círculos para el manejo del delito y del comportamiento delictivo se originan a partir de los conceptos tradicionales de libertad e individualidad —una persona no puede imponer una decisión a otra—. Las culturas indígenas en todo el mundo tienen una gran variedad de procesos para responder al comportamiento delictivo. (Mccold, 2013).

Estos planteamientos son además respaldados por Danny Herrera Camareno en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, “Viabilidad de la aplicación de la Justicia Restaurativa en la Fase de Ejecución de la Pena” en donde se explica que la justificación para este proceder en comunidades indígenas se encuentra en el hecho de que culturalmente para tales grupos, la comisión de una falta se consideraba deshonroso no solo para el ofensor, sino también para su familia y para la “sociedad” como un todo. Como consecuencia, se buscaba siempre procurar una reparación antes que una condena puesto que ello implicaba conjuntamente, la “reparación” del honor de varias personas que se habría afectado.

Aquí se puede hacer un pequeño paréntesis para hablar sobre un caso que tomó lugar en Costa Rica que se relaciona mucho con el abordaje de problemáticas sociales en comunidades indígenas. Sucedió en el año 2006, época para la cual ya se había dado el primer congreso de Justicia Restaurativa, pero el concepto no había madurado lo suficiente como para proponerse a nivel legislativo ni se había aceptado siquiera, su implementación como un mero programa.

Antes que nada, Natalia Hidalgo Porras por medio de su proyecto de investigación “La justicia restaurativa como expresión del principio de última ratio de la pena en un marco de protección de los derechos humanos” para la Universidad Estatal a Distancia indica sobre el génesis de la figura a un nivel de asimilación y la celebración de dicho congreso que:

Como antecedentes de importancia, podemos hacer mención a la preocupación que se ha dado dentro de la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ), por brindar

programas de capacitación y sensibilización a los funcionarios dentro del sector de la administración de justicia, en el tema de la justicia restaurativa, así como por la aplicación de esta. Por ejemplo, en el año 2005 se realizó el Congreso “Construyendo la Justicia Restaurativa en América Latina”, así como también en junio del año 2006 se realizó el Primer Congreso de Justicia Restaurativa en Costa Rica. (Hidalgo, 2012, p. 71).

Entonces, el acontecimiento se desarrolló en la comunidad indígena de Comte Burica donde una de sus habitantes (Juliana) había heredado una propiedad por parte de su esposo. Sin embargo, al verse obligada a abandonar el terreno durante un largo período por cuestiones personales, se topó eventualmente con la desagradable sorpresa de que la propiedad había sido comprada por otro hombre. El contrato fue totalmente legal y por ello, el sujeto llamado Miguel argumentaba que estaba en su derecho de permanecer ahí, no obstante, la señora Juliana no dispuesta a aceptar aquello, decide instalarse forzosamente en la zona.

El caso originalmente se resolvió por la vía judicial y se estableció que Miguel era el dueño legítimo del terreno, por lo que él podía quedarse y la señora Juliana se veía obligada a no prolongar más su estancia. A pesar de la sentencia, Juliana no se retira y el tema continuó dando de qué hablar entre los habitantes de la comunidad. Parecía ser que aunque técnicamente, al conflicto se le hubiese otorgado una solución legal, en el fondo no se había hecho nada por satisfacer las inquietudes y los sentimientos mal enfocados de estas personas y como consecuencia, había un malestar que subsistía.

Finalmente, con la esperanza de dar por terminada una pelea que el clásico sistema judicial no había sido capaz de desvanecer, se apersonaron tres mujeres integrantes de la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (Conamaj por sus siglas) a ofrecer el desarrollo de una actividad conciliatoria; El círculo de paz.

La dinámica fue sencilla; se formó un círculo conformado por las funcionarias de la comisión, Juliana, Miguel y miembros de la comunidad varios. Se hizo uso de algunos objetos para que la persona que en ese momento los sostuviera, pudiese hablar mientras los demás escuchaban e increíblemente, los resultados fueron óptimos ya que quienes no

habían sido capaces con anterioridad de ventilar las emociones propias y conocer las ajenas, vieron una nueva manera de manifestar empatía.

El caso finalmente se resolvió con el ofrecimiento de una nueva propiedad a Miguel y la oportunidad para Juliana de conservar la posesión de su antigua vivienda.

*A pesar de que durante el círculo hubo ocasiones en que participantes expresaran sus emociones a veces usando palabras muy fuertes, la comunidad pudo ver la solución de un conflicto que los había afectado por 12 años. (Bernal, Castillo, 2007 p. 280).*

Ahora bien, este relato de Comte Burica permite ilustrar un poco el funcionamiento de los círculos de paz que, como se verá posteriormente, representan tan solo uno de los medios con los cuales se trabaja la Justicia Restaurativa más no son la Justicia Restaurativa en sí. Volviendo a los antecedentes de la figura en general, muchos estudiosos del derecho coinciden en señalar a Canadá como el punto de nacimiento de la Justicia Restaurativa dentro del año 1972, haciendo la aclaración de que en aquel entonces, su enfoque era muy dirigido al Derecho Penal Juvenil.

Herrera (2017) cuenta respecto al primer caso que se conoció de esta índole que se presentó en la ciudad canadiense de Kitchener en 1974. Fue por haber acontecido ahí, que se denominó a la situación como el “experimento Kitchener”:

Dos adolescentes en estado de ebriedad cometieron actos vandálicos en 22 casas y negocios. Mark Yantzi, Dave Worth y Dean Peachey, propusieron al juez que llevaba el caso, que en vez de enviar a los jóvenes a prisión, fueran sometidos a una forma de libertad condicional diferente: Organizaron programa de reuniones entre los ofensores y las familias afectadas por los daños, que llegó a ser conocido como V.O.M. o Victim – Offender Mediation. Este programa no solo se limitaba a la reunión antes mencionada, sino que incluía la aceptación de culpa por parte los ofensores y un compromiso de compensación a través del trabajo. (Herrera, 2017, p. 10).

Los resultados del experimento fueron satisfactorios. Luego de que los jóvenes fuesen condenados a una detención de tres semanas y adicionalmente, a conocer a las víctimas, mismas a las cuales debieron de rendir un reporte de daños con el subsecuente

acuerdo de restitución, se pudo constatar un cambio de actitud entre las partes. Cabe destacar un dato interesante que el autor incluye, y es que la ciudad de Kitchener en Canadá es en gran parte poblada por menonitas, una derivación del anabaptismo y del protestantismo, líneas de pensamiento que incorporan fuertemente una filosofía pacifista.

Aunque, los antecedentes de principios de la década de 1970 parecen muy precisos, siempre será inevitable que, al intentar delimitar el surgimiento de algo, se dé la presencia de posiciones disidentes entre estudiosos ya que estos asuntos no siempre son de concepción exacta. Para ilustrar esto, se puede constatar que Jaume Hombrado Trenado, quien fue estudiante de leyes en la Universidad de Barcelona, España, entendió un contexto histórico un poco distinto para el nacimiento de la temática en cuestión, esto en su proyecto final de grado titulado: “Justicia Restaurativa, el papel del criminólogo en el ámbito de la mediación penal en justicia juvenil”:

Si hacemos una revisión de la literatura en la búsqueda de las raíces históricas de este modelo de justicia, todas las referencias bibliográficas nombran a Randy Barnett y Nils Christie. Ambos autores, en 1977, fueron los precursores de la Justicia Restaurativa. Sin referirse a este término, así como tampoco hacer referencia a sus principios teóricos, ambos autores fueron los que aportaron una visión crítica del funcionamiento del sistema de justicia tradicional empleado hasta el momento. (Hombrado, 2015, p. 5).

Como puede observarse, esta idea contrasta con lo que ya venía exponiendo Herrera (2017) al ubicar la aparición del elemento unos años antes, entre 1972 y 1974. Cabe resaltar eso sí, que estas apreciaciones se nutren en gran parte por los puntos de vista de cada autor, y siendo que son simplemente antecedentes, no se puede alegar que una sea correcta y otra sea errónea.

Barnett, en *Restitution: a new Paradigm of Criminal Justice* (1977), realiza una crítica al sistema tradicional de justicia aportando datos sobre su ineficacia (retribución poco útil para la víctima, el enorme coste que comporta encarcelar a un preso). Barnett explica que el antiguo paradigma “punitivo” debe superarse mutando a uno nuevo basado en la restitución de las consecuencias del delito y la atención a la víctima, siendo este nuevo

sistema de carácter restaurativo la mejor alternativa indicada por el autor. Christie, en su conocida obra *Conflicts as property* (1977), también realiza una crítica sobre el funcionamiento del sistema de justicia coetáneo. (Hombrado, 2015, pp. 5-6).

La crítica que la autora Christie realiza según Hombrado, es que el conflicto que recae sobre la víctima, termina siendo consumido por el Estado y este, debe manejarlo. Por ende, a la víctima se le “libera” del peso de ese conflicto.

Hombrado sostiene que posteriormente, entrada la década de 1980 se introduce un nuevo término “restorative justice” por parte del autor Zehr (1985) junto con el de “nuevo paradigma de justicia” y establece que ese paradigma es la justicia restaurativa en sí. Mientras en la justicia retributiva, el papel resarcitorio caerá sobre el Estado, en la restaurativa tendrá que ser ejercido por los involucrados directos. Ya para los años 1990, el modelo comenzaba a aplicarse en Estados Unidos regularmente.

Con respecto a los resultados que arroja el sometimiento a esta práctica, se ha determinado que son en su mayoría favorables. Sobre este asunto, Rosa Pulido Valero en su artículo “¿Es la Justicia Restaurativa una opción real? Análisis comparativo de dos programas de mediación con menores infractores” publicado en *Revista de Mediación* Número 1 alude al desglose de los índices de éxito y fracaso.

En un análisis comparativo de 40 estudios llevados a cabo en Canadá, Inglaterra y Estados Unidos (Umbreit, 2001), tanto con menores como con adultos infractores, de un total de 3.142 casos derivados a este tipo de programas, se obtuvo un 95% de éxito en los acuerdos. Respecto a las víctimas, el porcentaje de satisfacción es de un 79%, frente al 57% de los que participan en un proceso judicial. Finalmente mencionar que se estima entorno a un 32% la reducción de la reincidencia por parte de los menores que participan en este tipo de programas; (Pulido).

Los programas a los que Pulido hace referencia son el programa de la comunidad de Madrid, en el contexto de la Justicia Juvenil y el programa de Justicia Restaurativa en Oregón (Estados Unidos). Los porcentajes se pudieron obtener porque la autora (de

nacionalidad española) permaneció en la Universidad de Oregón por medio de una beca. Estancia que le permitió realizar estudios y llevar a cabo las comparativas entre ambos programas por medio de la información recopilada.

Pulido agrega sobre este asunto de los resultados que de 1343 procesos de mediación que se llevaron a cabo en un período de 12 años, el 85% concluyeron en acuerdos y que, respecto al porcentaje de cumplimiento de los mismos (recordando que en el caso de esta pequeña investigación se refería a ofensores menores de edad) se estableció que rondaba el 80% de efectividad, más un 15% de acuerdos que eran cumplidos apenas de manera parcial y otro 5% se refería a los acuerdos que quedaban sin cumplirse.

Se puede extraer de lo expuesto, que de manera general, el enfoque restaurativo en las causas que involucran a adolescentes ha resultado bastante satisfactorio. No obstante, se debe tener presente que esta es una población con la que se trabaja muy distinto a como usualmente se trabaja con infractores comunes de edad adulta. El licenciado Javier Llobet Rodríguez en el artículo “Justicia Restaurativa y Garantías en la Justicia Penal Juvenil” también lo reconoce:

El reconocimiento de la justicia restaurativa en la Justicia Juvenil, debido a los buenos resultados producidos, de acuerdo con el principio educativo, ha llegado a tener acogida dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, comprendiendo dentro de este no solo a los menores de edad, sino también a los adultos. (Llobet, 2011, p. 52).

Hasta ahora, los antecedentes analizados, tal y como puede comprobarse, han tratado la figura con un énfasis muy marcado hacia la población adolescente. Esto tiene sentido puesto que, al encontrarse esas personas en un estado formativo de su propia personalidad, es indispensable que cualquier error que cometan, incluso si este es de índole penal, sea manipulado aún con más delicadeza que si fuera cometido por un mayor de edad.

Obviamente, es esperable que el efecto causado por un enfoque restaurativo cale más profundo en la psique de esta población, porque sus comportamientos todavía son altamente moldeables. No sucede lo mismo con una persona adulta que ya tiene completamente formado su juicio, su carácter y su identidad.

Hidalgo (2012), lleva a cabo las siguientes observaciones interesantes sobre el Código Procesal Penal Costarricense (ubicándose la autora en la década de 1990):

El Código Procesal Penal de comentario en su artículo 7, nos permite observar que el legislador, al momento de su redacción, tuvo clara la idea de la restauración y de la participación de la víctima, sin hacer mención en forma expresa a la justicia restaurativa, tal vez por la reacción que ello generaría, y la gran cantidad de opositores que surgirían, veamos: Artículo 7.-Solución del conflicto y restablecimiento de los derechos de la víctima. Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre las partes y, en especial, el restablecimiento de los derechos de la víctima. (Hidalgo, 2012, p.43).

Un detalle importante que no se debe dejar pasar, es que el citado artículo agrega: *“Para tales fines, siempre tomarán en cuenta el criterio de la víctima, en la forma y las condiciones que regula este Código.”*. Evidentemente, con la utilización del proceso penal en su concepción más tradicionalista, esto no siempre se cumple al pie de la letra.

## **DECLARACIÓN DE VIENA**

Los documentos que textualmente incorporan los lineamientos y alcances del concepto de justicia restaurativa representan un paso más allá en pos de una regulación totalmente legalizada. En ese sentido, la Declaración de Viena (1993) juega un papel elemental tal y como mencionan las autoras Karina Alexandra Pizarro García y Gloriana Soto Brenes en su tesis “Efectividad de la Justicia Restaurativa en el Proceso Penal Juvenil Costarricense: Estudio de Casos en los Juzgados Penales Juveniles de Cartago y Liberia en el año 2013” de la Universidad de Costa Rica:

En la época moderna, uno de los mayores promotores de la Justicia Restaurativa ha sido la Organización de las Naciones Unidas (ONU), mencionándola en la Declaración de Viena en su artículo número 28, que reza: “Alentamos la elaboración de políticas, procedimientos y programas de justicia restitutiva que respeten los derechos, necesidades e intereses de las

víctimas, los delincuentes, las comunidades y demás partes interesadas”.  
(Pizarro, Soto, 2015, p. 53).

La finalidad detrás de la Declaración de Viena fue reforzar las estipulaciones de la original Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo las nuevas necesidades de una cultura global que se encaminaba hacia el siglo XXI y actualizando como consecuencia, ciertos contenidos y apreciaciones de antaño.

Además, también se encuentra la Resolución número 2002/12122 sobre los Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal. Esta resolución emitida por la ONU, busca alentar a los Estados Miembros por utilizar programas de Justicia Restaurativa en materia penal. Promueve que estos programas se desarrollen no solo por el Estado, sino también en cooperación con la ciudadanía, como establece en su artículo 22: (Pizarro, Soto, 2015, p. 54).

Como recordatorio en este punto, Costa Rica es Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas desde el 02 de noviembre del año 1945 por lo que, en teoría, se encuentra en la obligación de acatar todas las disposiciones que de ella emanen y poner en práctica todos los procedimientos que se recomienden.

Se dice “en teoría” porque al estar la membresía de la ONU conformada por Estados de diversa índole en aspectos culturales, políticos y económicos, es inevitable que no todos puedan adaptarse a los cambios a un mismo ritmo. En el caso de Costa Rica como se podrá comprobar, tuvieron que transcurrir un par de décadas más antes de que el plan de Justicia Restaurativa se acoplará a la población con cierto éxito.

### **INSTITUTO LATINOAMERICANO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE**

Las autoras Soto y Pizarro continúan exponiendo varios ejemplos que vale la pena rescatar. Entre ellos destaca, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (“Ilanud” por sus siglas) ya que posee el Programa Construyendo la Justicia Restaurativa en América Latina. Programa que busca promover en la región, la aplicación de la Justicia Restaurativa.

El objetivo general del programa es el siguiente: Contribuir con los países latinoamericanos con la consecución de las metas de las Naciones Unidas en materia de Prevención del Delito y Justicia Penal, difundiendo y promoviendo la construcción de una cultura de Justicia Restaurativa que coadyuve a la reducción de la violencia y la delincuencia, a la consolidación de sistemas de sistemas de administración de justicia penal más eficientes y eficaces, al respecto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y a la promoción de las normas más estrictas de equidad y humanidad. (<http://www.ilanud.or.cr>) (Pizarro, Soto, 2015, pp. 54-55).

El Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, se origina en 1975 en San José, Costa Rica. Sus objetivos pueden resumirse en la promoción de políticas que busquen mejorar las condiciones económicas y/o sociales de los países latinoamericanos con énfasis en justicia penal y prevención del delito.

Es interesante notar cómo el concepto de Justicia Restaurativa se implementó aunque fuese de manera meramente teórica en Costa Rica ya desde el año 1975, apenas un par de años después de que el término empezase a existir del todo en territorio canadiense. Esto quiere decir que, aunque le tomó a la figura muchas décadas para perfeccionarse al punto de resultar un método de resolución de conflictos viable, desde un principio se reconoció su potencial a futuro.

Las autoras de la tesis bajo análisis, enfocan su investigación en el Derecho Penal Juvenil y si bien, no es ese el tema que interesa a efectos del presente trabajo, se considera relevante citar alguna de la información recopilada en esa tesis para ofrecer una idea más acertada de los mecanismos mediante los cuales la herramienta en cuestión mejor se manifiesta.

Con motivo de dicha óptica juvenil que proponen las autoras, se hace énfasis en la necesidad de que el tratamiento de los delitos para esa población, sea realizado de tal manera que no ceda espacio a una posible reincidencia. Ello por cuanto las consecuencias de cometer un delito no son las mismas para un menor de edad que para un mayor.

Recuérdese que una persona adulta ya supuestamente ha desarrollado la capacidad suficiente para cuestionar su propio actuar y por ende, la consecución de una acción contraria a lo que establece el ordenamiento jurídico de su parte, devendrá en un reproche más profundo. La población adolescente se destaca por ser una que al encontrarse en un período de “formación” resulta más razonable acudir a medios procesales menos rigurosos y que ofrezcan más oportunidades de lograr una resocialización:

Sobre el tema, Lourdes Espinach Rueda, integrante del Programa de Justicia Restaurativa del Poder Judicial, en entrevista realizada en julio del 2015, señala: Lo que está promoviendo la Justicia Restaurativa con esa disminución del retraso judicial es sensibilizar. En un primer término, a toda la población judicial, a todos los operadores de justicia en materia penal juvenil (jueces, fiscales, defensores) de resolver el proceso en esa primera intervención, en el momento que esa persona llega a estrados judiciales por una causa, darle un enfoque, resolver su causa de una forma integral, con esos fines restauradores, con el fin de que no regrese al ambiente judicial. (Pizarro, Soto, 2015, p. 125).

### **PROGRAMA REDES DE APOYO**

Ahora bien, debe tomarse en cuenta el contexto espacial y temporal en que la investigación de Pizarro y Soto tomó lugar. En el año 2013 como ya se mencionó con anterioridad, el programa de Justicia Restaurativa comenzaba a implementarse en el país, más no era oficialmente una ley. Esto ocasiona que, con frecuencia, los mismos preceptos fueran identificados bajo otras denominaciones como el “programa de redes de apoyo” en Cartago:

El Programa de Redes de Apoyo nace en el Juzgado Penal Juvenil de Cartago en el año 2007, como iniciativa del equipo interdisciplinario en materia penal juvenil compuesto por el Juzgado Penal Juvenil, el Ministerio Público, la Defensa Pública y el Departamento de Trabajo Social y Psicología, quienes deciden darle un enfoque integral restaurativo a aquellas personas menores de edad que se habían sometido a alguna medida alterna, las cuales hasta ese momento se venían aplicando según la Ley de Justicia

Penal Juvenil, sin mayor ahondamiento. Ese enfoque integral restaurativo consistía en reforzar el fin socioeducativo de la Ley de Justicia Penal Juvenil y al mismo tiempo otorgar voz y voto a la víctima (...) (Pizarro, Soto, 2015, p. 153).

El programa de Redes de Apoyo puede decirse que fue solamente un comienzo. Conforme la utilidad del mismo fue quedando demostrada, los méritos del programa se reconocieron en diversos ámbitos del país y esto contribuyó a que fuese incorporado en otros Circuitos Judiciales además de Cartago. Posteriormente, este sistema pasó a formar parte de la Justicia Restaurativa y como consecuencia, su alcance se extendió.

El Programa de Redes de Apoyo del Juzgado Penal Juvenil de Cartago ha tenido tanto éxito que fue presentado al Consejo Superior del Poder Judicial, quien le otorgó un premio por Buenas Prácticas en el 2009. A partir de ahí, se da a conocer a nivel nacional que el Juzgado Penal Juvenil de Cartago aplica la Ley de Justicia Penal Juvenil con las mismas garantías procesales, pero con una serie de elementos extra que son los que vienen a hacer el cambio en la justicia penal juvenil que se conoce. Este Programa ya no solo es una buena práctica sino que se ha convertido en una Política Institucional del Poder Judicial, que en el presente se implementa en los Juzgados Penales Juveniles de Heredia y San José, entre otros, (Pizarro, Soto, 2015, p. 160).

## **REGLAS DE TOKIO**

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, también conocidas como Reglas de Tokio, establecen una serie de lineamientos básicos a seguir para cualquier país del mundo en lo referente a la evitación de la prisión como una consecuencia de la violación a las leyes imperantes.

Algunas consideraciones elementales que emanan de ese cuerpo normativo y de interés para el tema que aquí ocupa son: Acudir a la prisión preventiva siempre como último recurso y asegurar que esta medida no se extienda más allá del tiempo necesario, que se aplique bajo lineamientos totalmente justificables y que el trato al investigado revista humanidad y dignidad.

Adicionalmente, que se tomen en cuenta las circunstancias particulares de las personas para determinar si se necesita ordenar algún tipo de ingreso en centros de rehabilitación, proponer opciones diversas como la libertad condicional, arresto domiciliario, imposición de servicios a la comunidad, exigencia de una indemnización, inhabilitación para ciertas actividades, confiscación de bienes o simples sanciones verbales como amonestaciones y advertencias.

Todas las posibilidades anteriores, se reitera, son a las que se debe acudir en tanto la investigación penal mantenga su curso. Solamente en casos extremos en donde ninguna de ellas pueda garantizar la adhesión del endilgado al proceso, se acudirá irremediabilmente a la prisión preventiva.

Sobre estas Reglas de Tokio vale destacar lo que dice el numeral 17 puesto que se relaciona directamente, aunque obviamente sin mencionarlo, al enfoque restaurativo de resolución de conflictos y al papel que en este juega la comunidad:

#### 17. Participación de la sociedad

17.1 La participación de la sociedad debe alentarse pues constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes sometidos a medidas no privativas de la libertad y sus familias y la comunidad. Deberá complementar la acción de la administración de la justicia penal.

17.2 La participación de la sociedad será considerada una oportunidad para que los miembros de la comunidad contribuyan a su protección.

## **DERECHO COMPARADO**

Algunos ejemplos de cómo la figura en estudio se ha manifestado en países de Latinoamérica se pueden consultar mediante el libro “Justicia Restaurativa Acercamientos Teóricos y Prácticos” (2006). Véase:

### **BRASIL**

En Brasil se ha dado una particularidad de notar. Un enfoque de la Justicia Restaurativa la coloca ya no solo en la rama del Derecho Penal Juvenil, sino que la utiliza

específicamente como una herramienta con la cual trabajar el comportamiento de adolescentes problemáticos en centros educativos, no siendo necesario que estos hayan cometido estrictamente una violación a la ley.

El proyecto Jundiaí fue diseñado por un grupo internacional de investigadores en Jundiaí para utilizarlo en el Estado de Sao Paulo. Este creó un nuevo sistema de disciplina y organización de los colegios brasileños. Cámaras restaurativas es el mecanismo incorporado en el sistema para la resolución de conflictos y problemas disciplinarios y para la creación de un sentido de seguridad y orden en los colegios. (Parker, 2007, p. 78).

Naturalmente, los colegios en donde se imparte educación secundaria pueden constituir un ambiente hostil por la gran afluencia de jóvenes provenientes de todo tipo de lugares y que han recibido formaciones diversas, muchas de esas formaciones obviamente rozarán la marginalidad.

Lo que el proyecto Jundiaí pretendió durante la primera década de los años 2000 fue cultivar en las mentes de los colegiales, la idea de una opción pacífica de abordaje de problemáticas. Además de proveer material de capacitación, dar funcionamiento a las llamadas cámaras restaurativas y amarrar acuerdos con los docentes y directores de los centros educativos, se comienza a dar énfasis en la importancia de la comunidad como un ente presente en la reunión restaurativa.

Los logros del proyecto Jundiaí se pueden resumir en una mayor comprensión mutua y trabajo conjunto entre adolescentes y adultos para resolver disputas, y la facilitación de técnicas para ello mediante la enseñanza.

## **CHILE**

En Chile, existe una especie de división entre entes públicos y privados respecto a la utilidad de métodos restaurativos.

Aunque la cultura legal chilena se inclina hacia “llevar los conflictos a juicio”, existe un creciente reconocimiento de que el sistema judicial no posee la capacidad de entregar soluciones duraderas y pacíficas. Por lo tanto,

Chile está promulgando reformas judiciales importantes que están abriendo puertas hacia elementos reparatorios (Parker, 2007, p. 82).

Chile es un país en donde las propuestas de Justicia Restaurativa han sido impulsadas por instituciones no gubernamentales como, por ejemplo, la Universidad Católica de Temuco. Esta institución determinó que el sistema judicial presenta una serie de deficiencias que impiden una verdadera reparación provechosa. *“De acuerdo a este análisis, la resolución judicial padecía de falta de confianza en el sistema judicial, ineficacia social que rechaza alternativas y la exclusión de grupos con distinto nivel sociocultural”* (Parker, 2007, p. 83).

Con respecto a los entes de índole gubernamental, aunque el impulso a una Justicia Restaurativa como tal no es palpable, sí es verídica la tendencia a evitar la pena de prisión para con los imputados y en su lugar, dándoles la posibilidad de someterse a alternativas menos gravosas como la libertad condicional, la remisión condicional y la reclusión nocturna por mencionar algunas. La pena de prisión suele reservarse para los delitos más graves y en los que por su misma naturaleza, sea compleja la aplicación de otro tipo de mecanismos judiciales.

## **MÉXICO**

De los países analizados en este informe, México es uno de los más recientes en considerar el uso de prácticas restaurativas. En el año 2001, la delegación mejicana que asistió a la 10 sesión de la Comisión sobre Prevención de Delitos y Justicia Criminal anunció que México había recientemente aprobado la ley que establecía la justicia restaurativa con enmiendas hechas al artículo 20 de la Constitución (Delegación 2001). (Parker, 2007, p. 89).

Tal ley, no proponía explícitamente el modelo de Justicia Restaurativa como una nueva herramienta pero sí aportaba novedades en la mentalidad de los funcionarios encargados de impartir justicia por cuanto daba un mayor protagonismo a los afectados. Se establecen las necesidades de que estos últimos cuenten con asesoría legal de igual manera que los ofensores, y acceso a ayuda médica o psicológica si la requiriesen.

Lo que sí es cierto, es que en tanto la Justicia Restaurativa no sea expresamente reconocida como ley en México, no faltaran personas individuales o pertenecientes a colectivos que vuelquen todos sus esfuerzos por concientizar a la población sobre la importancia de que se tome en cuenta a las víctimas en el proceso. Esta tarea ha sido llevada cabo entre otros por el Doctor Jorge Pesqueira Leal (Director del Instituto de Mediación en México) quien ha dedicado parte de su tiempo a realizar informes y capacitaciones relacionadas al tema.

En septiembre del 2002, la Corte Suprema del Distrito Federal (Ciudad de México) y la Universidad de Sonora están patrocinando sesiones de conferencia y talleres que pretenden introducir a los Fiscales Nacionales, funcionarios civiles y otros de los planteamientos y beneficios de la mediación penal. La esperanza es promover el apoyo para estas prácticas en todo México. (Parker, 2007, p. 91).

## **ARGENTINA**

De Argentina, se destaca la presencia de dos centros que trabajan para enmendar los efectos del delito en víctimas y victimarios.

El proyecto de mediación penal coincidió con cambios en los Códigos Penales y en servicios entregados en la provincia de Buenos Aires. Este cambio creó dos centros dentro del sistema legal, el Centro de Asistencia a la víctima y el Centro de Mediación Penal. El propósito del Centro de Asistencia a la Víctima es el de prever por las necesidades psicológicas, físicas y sociales de las víctimas. El Centro de mediación Penal continúa el trabajo de mediar los acercamientos entre las víctimas y los agresores. (Parker, 2007, p. 77).

## **COLOMBIA**

En el campo del Derecho Colombiano, se ha hecho lo propio por definir aún con más detalle lo que la Justicia Restaurativa representa. Se pueden apreciar por ejemplo, las iniciativas en “Prolegómenos Derechos y Valores” bibliografía de Álvaro Márquez Cárdenas que aporta la siguiente información:

La doctrina de la Corte Constitucional creó sin lugar a dudas un antecedente de importancia manifiesta sobre la justicia restaurativa, en particular mediante el pronunciamiento contenido en la sentencia C-228 de 2001, Magistrados Ponentes MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LINETT, en donde por primera vez se plantearon doctrinariamente los derechos de las víctimas, reducidos, hasta ese instante, a la sola indemnización económica. Esto abrió el camino a los mecanismos del nuevo instituto, posteriormente constitucionalizado en el Acto Legislativo 03 de 2002 y luego reglamentado a través de las disposiciones citadas anteriormente de la ley 906 de 2004. (Márquez, 2009, p. 62).

Como se puede observar, es durante la primera década del 2000 que comienza a darse un cambio de mentalidad en lo concerniente al tema de la retribución para con las víctimas del delito. Se entiende que no siempre, una compensación monetaria es suficiente ni satisfactoria para dar por cerrado el ciclo delictivo. En esa misma línea, Márquez continúa exponiendo:

Al respecto, plantea la Corte Constitucional: "... tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia -no restringida exclusivamente a una reparación económica- fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. (Márquez, 2009, p. 62).

## **CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO**

### **EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

En materia penal, el principio elemental que debe respetarse bajo cualquier circunstancia y del cual, emanan otros sub principios que terminan de moldear lo que constituye esta rama particular, es el principio del debido proceso.

Evidentemente, la influencia de un cimiento de tal magnitud terminará por extenderse a todas las especialidades del Derecho (laboral, civil, administrativo, de familia, etc.). Si no se respeta el debido proceso, no se puede hablar siquiera de “Justicia” como un concepto creíble ya que se estará dejando abierta la posibilidad de que las autoridades y representantes legales incurran en actuaciones irregulares con el objetivo de salvaguardar sus intereses propios y pasando por alto lo que atañe a las partes, siendo que estos últimos, son los que dan impulso a un proceso jurídico en primer lugar.

Si se revisa la Constitución Política de la República de Costa Rica, puede encontrarse el génesis de este principio en el numeral treinta y nueve: Este artículo estipula claramente más que ningún otro, lo que debe entenderse por debido proceso.

Artículo 39: A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

El Estado de Derecho que impera en tierra costarricense no puede permitir bajo ningún supuesto que los ciudadanos se vean de repente y sin ningún motivo razonable, con sus libertades fundamentales coartadas. Toda limitación o paro en el ejercicio que se ordene contra estas, debe justificarse razonablemente.

Como ya se mencionó, el debido proceso es una garantía que no se puede ignorar en ninguna rama jurídica. No obstante, si se habla de materia penal, el tema adquiere un matiz especial por cuanto la garantía fundamental que se estaría afectando en caso de dictar un

fallo condenatorio es el de la libertad de tránsito. Posiblemente, el derecho fundamental más importante tan solo por detrás de la vida (el cual se encuentra contenido en el artículo 21 de la Constitución Política).

Es por esa razón que se debe tener especial cuidado en los mecanismos que se utilicen en el proceso penal y en cómo se trate a los individuos involucrados. Una afectación a la libertad de movimiento es tan gravosa que debe evitarse hasta donde sea posible, siendo así fiel el Derecho Penal a su característica de “última ratio”.

Se debe entender que el debido proceso es un concepto amplio y diverso. A pesar de que su definición pueda presentarse sencilla y conceptualizarse sin mayores complicaciones de un único título normativo (en este caso, el 39 de la Constitución Política como ya se aludió), si se profundiza un poco en su premisa, será posible extraer toda una serie de nuevos principios que construyen el Derecho Penal y le atribuyen identidad propia. A este respecto vale destacar lo que el voto número 1739-92 de la Sala Constitucional de Costa Rica ha desarrollado. Este reconoce doce sub principios que emanan de la fuente del debido proceso. Son:

### **EL DERECHO GENERAL A LA JUSTICIA**

Se entiende por este principio, que todas las personas sin excepción, deben contar con los recursos y facilidades que les permitan acceder a los sistemas de justicia en caso de que los necesiten. Esto implica que las instituciones encargadas de esa tarea se encuentren abiertas y sus servicios disponibles al gran público, pero, además, que indistintamente de quien requiera hacer uso de tales servicios, se le provea siempre de los mismos con transparencia, calidad y ética en el desempeño de las funciones.

La Constitución reconoce esta necesidad en el Artículo 27: *“Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución.”*

Nótese como de acuerdo con lo que dispone el artículo, el derecho general a la justicia significa que los entes que la imparten existan y sean asequibles, pero adicionalmente, que al presentarse una persona ante ellos, reciba una contestación oportuna. Respuesta que demarcará el sendero jurídico a seguir en adelante.

## **EL DERECHO GENERAL A LA LEGALIDAD**

En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas solo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado-; (Voto 1739-92, Sala Constitucional de Costa Rica).

De este, se pueden extraer dos sub principios: El principio de regulación mínima y el de reserva de ley.

- La regulación mínima tal y como su nombre indica, procura que la cantidad de legislación que limite las actividades humanas no sea excesiva. Esto bajo la lógica de que entre más delitos sean reconocidos, y más leyes tengan que ser acatadas, el seguimiento del principio de legalidad se dificultara enormemente.
- Por reserva de ley se entiende la imposibilidad de que los preceptos de una ley contenida en algún cuerpo normativo, sean afectados por lo que dispongan otros cuerpos normativos como, por ejemplo, un reglamento.

## **EL DERECHO AL JUEZ REGULAR**

Este derecho, que en la tradición anglonorteamericana se ha desarrollado como el llamado "derecho al juez natural", pero con perfiles muy propios que no corresponden a los de nuestro derecho latino -ya que comprende, por ejemplo el derecho al juez del domicilio y, sobre todo, al juzgamiento por los pares que se expresa, a su vez, en el jurado lego, conceptos que en los sistemas de tradición romano-germánica más bien han producido experiencias negativas-, (Voto 1739-92 Sala Constitucional de Costa Rica)

La impartición de justicia debe recaer exclusivamente en la judicatura del Poder Judicial el cual respetará y tomará siempre en consideración los asuntos de competencia,

cuantía, materia y territorio que atañen el caso específico que deba conocerse, para así asegurar el más acertado desarrollo del debido proceso.

La Constitución Política indica: “*Artículo 35: Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez, especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución.*”. También menciona sobre esto el Código Procesal Penal: *Artículo 3: Juez natural. Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso. La potestad de aplicar la ley penal corresponderá solo a los tribunales ordinarios, instituidos conforme a la Constitución y la ley.*

Adicionalmente, se puede incluir el artículo 37, también de la Constitución que agrega datos sobre las funciones del juez.

*Artículo 37: Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.*

## **LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSA**

Vital en un debido proceso resulta la celebración de audiencias. La preliminar es esencial y el debate oral y público debe realizarse cuando las circunstancias lo requieran. Tales diligencias representan el momento procesal oportuno para que las partes ejerzan su respetiva defensa. En este punto se puede hablar de algunas temáticas derivadas.

- Los derechos de intimación e imputación, por ejemplo, significan que la persona investigada por la comisión de un hecho delictivo está en posición de que se le ponga en conocimiento de aquello de lo que se le está acusando, que se le explique detalladamente en qué consiste y qué sucederá en adelante. Además, la redacción y presentación de una acusación formal por parte del Ministerio Público dará sustento a esa supuesta comisión y es un documento con base en el cual, el ahora imputado estará en condiciones de construir su defensa con ayuda del abogado que le asistirá.
- El derecho de audiencia como ya se explicó, es básicamente que se dé la correcta celebración de audiencias ya sean preliminares, tempranas, de juicio, vistas orales

para prórroga de medidas cautelares, entre otras. Todo con el fin de que las partes no se encuentren nunca indefensas y sin posibilidad de manifestar lo que deseen.

El derecho de defensa como tal es crucial. En el ordenamiento jurídico costarricense, está estrictamente prohibido que un sujeto tome parte en un proceso penal si no cuenta con una adecuada defensa que le represente. Incluso si el individuo manifestara expresamente que no quiere ser defendido, se le debe garantizar que si lo será por cuanto es este un derecho que no puede ser rechazado. Bien lo menciona el Código Procesal Penal.

Artículo 13: Defensa técnica. Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él.

## **EL PRINCIPIO DE INOCENCIA**

Son varios los artículos tanto constitucionales como de los Códigos Penales vigentes en Costa Rica que contribuyen a configurar el concepto de principio de inocencia o bien, que derivan de él. A grandes rasgos, se entiende por principio de inocencia a la presunción de que la persona sobre la que pesa una acusación, no es culpable en tanto no exista una completa certeza. Bien lo menciona el Código Procesal Penal en su numeral 9:

*“Artículo 9: Estado de inocencia: El imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código.”*

Esta protección garantiza que el encausado no sea víctima de malos tratos ni de decisiones arbitrarias por parte de los juzgadores. Además, la presunción de inocencia puede ser utilizada por la defensa como una herramienta a favor del endilgado en concordancia con otro principio que en materia penal se conoce como “In Dubio Pro Reo”, absolutoria por poca seguridad que opera en los casos que se da la presencia de una duda razonable con respecto a la relación de la persona con los hechos investigados.

No se dicta una sentencia favorable porque se haya demostrado que el sujeto no estuvo involucrado en el actuar delictivo, sino que se hace porque la no certidumbre se traduce en beneficio para este. Recuérdese que al ser aplicación del Derecho Penal y ultimadamente, la imposición de una pena de prisión equivalente a la “última ratio”, solo se debe acudir ante ello cuando no quedan otras posibilidades que desarrollar.

Los criterios doctrinarios jurídicos coinciden en que la presunción de inocencia es un derecho propio de todas las personas, por lo que debe formar parte del ordenamiento jurídico de cada nación como una norma o regla a priori en el marco constitucional, derecho que solo podría ser anulado por una sentencia en firme y suficientemente motivada por un tribunal u órgano competente que declare, después de llevado a efecto el debido proceso, basado en las pruebas legales y las evidencias, que constituyen los elementos de convicción para determinar la culpabilidad de un delito y/o la responsabilidad y participación en un hecho punible. (Flores, 2016, p. 50).

Se supone que el estado de inocencia es universal, pero a pesar de lo que exponen las autoras en el anterior párrafo, las cuestiones culturales de cada nación pueden presentar un peso muy influyente en como se maneja este asunto. En los Estados Unidos, por ejemplo, se suele utilizar una visión algo más acusadora para lidiar con los sospechosos de cometer un crimen y se parte de la idea de que el mayor peso en audiencia recae sobre el defensor, y en sus tácticas para convencer a un jurado.

Además en virtud del estado de inocencia del reo, no es él quien debe probar su falta de culpabilidad, sino los órganos de la acusación, con efectos complementarios como la imposibilidad, durante el proceso, de coaccionario y, con mayor razón aun, de someterlo a torturas o tratamientos crueles o degradantes -expresamente proscritos por el artículo 40 de la Constitución-, así como el de que su libertad sólo puede restringirse de manera cautelar y extraordinaria para garantizar los fines del proceso (...) (Voto 1739-92 Sala Constitucional de Costa Rica)

La imposición de la medida cautelar de prisión preventiva constituye un caso especial de privación de libertad ya que procede cuando aún no se ha dado una correcta

demostración de culpabilidad del encartado. Su única finalidad, por ende, es evitar que este obstaculice de alguna manera el avance del proceso.

Para que exista razonablemente esa posibilidad, debe demostrarse que el sujeto no cuenta con arraigos de ningún tipo, entiéndase domiciliarios, familiares o laborales y como consecuencia, es muy posible que haga el intento por escapar debido a que no posee ningún elemento que le obligue a permanecer. Otro desencadenante es la declaratoria de rebeldía.

Sobre los antecedentes, el más antiguo e inmediato se retrotrae prácticamente a la época de la Revolución Francesa como muchos tantos temas concernientes al resguardo de la dignidad y la libertad del ser humano.

El principio de presunción de inocencia es consagrado positivamente por primera vez, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, prescribiendo su artículo 9 que “se presume inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no fuere necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley” (Triviño, 2002, p. 4).

Siendo que este principio reviste un interés muy fuerte dentro de la construcción general del Derecho, su existencia y necesaria aplicación ha sido reconocida por gran parte de la comunidad internacional. Esto implica en teoría, que ningún ordenamiento jurídico debería bajo ninguna circunstancia, obviar su contenido.

(...) La presunción de inocencia como derecho fundamental y garantía individual en el proceso penal, se encuentra plenamente reconocida en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, a saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 11.1 dispone “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en el juicio público en el cual sean establecidas todas las garantías del derecho a la defensa” (Triviño, 2002, p. 5).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que, dado el contexto histórico de su aparición, intentó de la manera más clara y formal posible,

estipular todas aquellas garantías que contribuyeran a satisfacer las necesidades humanas básicas y a delimitar las protecciones procedentes ante posibles abusos por parte de personas físicas o jurídicas y el mismo ente estatal. Otros documentos relevantes que alimentan lo que viene a ser el principio de inocencia y que Triviño (2002) menciona en su tesis son:

(...) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece en el artículo 14.2 que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 prescribe en el artículo 8.2 que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. (Triviño, 2002, p. 5).

Por otra parte, en lo concerniente ya no a tratados internacionales sino a escenarios legislativos en particular, se puede encontrar la regulación explícita del principio de inocencia en varias Constituciones Políticas alrededor del mundo:

Reconocen expresamente esta garantía procesal las Constituciones Francesas de 1946 y 1958, Constitución Italiana de 1948 en el artículo 27.2, Constitución Portuguesa de 1976 en el artículo 32, Constitución Española de 1978 en el artículo 24.2, Constitución Brasileña de 1988 en el artículo 5, Constitución de Costa Rica de 1949 en el artículo 39 y Constitución de Córdoba de 1987 en el artículo 39. (Triviño, 2002, p. 6).

La presunción en sí combinada con el derecho de abstención de declarar contra sí mismo del encartado (qué dicho sea de paso, es un derecho fundamental recogido en la Constitución Política), representa con mucha frecuencia, un conjunto infalible de elementos favorables en beneficio de un individuo sobre el que se sospecha la comisión de un delito.

Triviño (2002) cita a Sabas para desarrollar las consecuencias que la presunción de inocencia acarrea. Se pueden resumir así:

- Naturalmente, va a impulsar el respeto al estado de inocencia del imputado. Respeto que debe extenderse durante todas las etapas del proceso en tanto no se dé lugar a una sentencia condenatoria.
- Contribuye a que se reconozcan los derechos básicos del encartado en términos generales.
- La declaración del encartado o la abstención de la misma, es una herramienta que está a disposición de ser utilizada por la defensa técnica.
- Ayuda a la correcta y no arbitraria interposición de medidas cautelares.
- Obliga a los juzgadores a poseer una absoluta certeza de que el encausado es el autor de los hechos para así emitir una resolución.
- El Ministerio Público se verá obligado a presentar pruebas abundantes o de buena calidad para atacar esa presunción que el imputado tiene por el simple hecho de ser imputado.
- Establece una limitación al plazo en que tomará lugar la fase investigativa.

Como puede observarse, Triviño expone las características principales del principio de inocencia, así como sus fortalezas y utilidades que, dicho sea de paso, por ser de esencia doctrinaria, su empleo en territorio costarricense se enfoca a grandes rasgos en la misma dirección. Continuando en esa misma línea, la autora prosigue:

Si en virtud de la presunción de inocencia el imputado debe ser considerado y tratado como inocente, y siendo además el principal interesado en el resultado del proceso que se sigue en su contra, es lógico reconocer su derecho a ser oído, participando en la formación de la decisión judicial que lo afectará. (Triviño, 2002, pp. 26-27).

Cuando se habla tanto de suspensión del procedimiento a prueba como de Justicia Restaurativa, la importancia del principio de presunción de inocencia disminuye considerablemente por cuanto, es requerido en ambos supuestos que la persona sobre la que se imputan los hechos, reconozca su participación. En otras palabras, el sujeto rechaza su condición de posible inocente para acogerse a las disposiciones de un instituto que promete ayudarlo a librarse de las eventuales consecuencias negativas de ese actuar.

## **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El principio de legalidad por su parte, establece que para que una acción u omisión pueda ser efectivamente considerada como delito, el ordenamiento jurídico la debe reconocer expresamente como tal. *“El contenido del principio de legalidad determina en primer término que la totalidad de los presupuestos de la pena deben estar especificados en la ley penal.”*. (Bacigalupo, 1989, p. 109).

Se puede argumentar que el principio de legalidad en Derecho Penal es quizás, el más importante (recordando que es un derivado del derecho madre al debido proceso) de todos ya que es capaz de promover o frenar completamente una investigación y posterior persecución penal, mientras que otros principios, por el contrario, podrán decidir el destino de la misma más no determinarán, su viabilidad tan tajantemente desde un comienzo.

Este principio reviste tal magnitud que es reconocido tanto por el Código Penal en su artículo primero: *“Artículo 1: Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente.”*, como por el Código Procesal, también en su primer inciso:

Artículo 1: Principio de legalidad: Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Evidentemente, si no se están sometiendo los actos procesales y las actuaciones de los litigantes a lo establecido puntualmente por las normas jurídicas, no se puede pretender alcanzar arreglos beneficiosos para las partes involucradas. Eso por un lado. Adicionalmente, se deben de tener muy claros los límites en la aplicación del Derecho para evitar incurrir en gasto innecesario de recursos estatales. En doctrina, se han reconocido dos concepciones respecto al principio de legalidad; Negativa y positiva.

Este principio de legalidad en su esfera negativa, el aplicable al Derecho Privado, reza la posibilidad de los individuos de actuar en sus relaciones libremente, siempre que no se actúe contrario a la norma y a los

principios jerárquicos del Estado de Derecho. (...) El principio de legalidad trata de alcanzar la aplicación jerárquica de los grandes principios jurídicos, tales como el de razonabilidad y justicia, ambos de nivel constitucional y supraconstitucional, por encima de la norma reglamentaria. (Flores, Irola, 2017, pp. 116-117).

Enfocada negativamente, la legalidad permite realizar todo lo que no esté, expresamente prohibido por las leyes. Como bien señalan Flores e Irola, esta aproximación del concepto es más que nada enfocada al Derecho Privado y al ámbito personal de los ciudadanos.

Si se habla de la legalidad en un tono positivo, básicamente será lo contrario, es decir, hacer únicamente lo que la ley explícitamente dispone. Esta concepción por ser opuesta, encontrará su campo de aplicación en el derecho público. En Penal reviste una relevancia suprema porque limita considerablemente las acusaciones que se formulen contra sujetos vinculados a una investigación judicial, y a la vez, ofrece a la defensa una herramienta valiosa con la cual trabajar. Véase en el Código Penal como se prohíbe la interpretación extensiva de la ley en detrimento del encausado: *“Artículo 2: No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal.”*

### **EL PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO**

Resumido en términos populares como “inocente hasta que se demuestre lo contrario” el In Dubio Pro Reo confiere una especie de “escudo” a la persona imputada para que no se asuma en ningún momento, que es responsable de lo que se le acusa. Bajo esa tesitura, no deben el imputado y su defensor volcar sus esfuerzos en sostener esa protección, sino que más bien, el Ministerio Público se encargará de intentar quebrarla con presentación de pruebas convincentes.

El respeto debido a este principio capital comporta, además, la obligación del juez de prepararse, y de todo el sistema judicial de ayudarlo a prepararse psicológica, espiritual y socialmente para mirar en el reo al ser humano en desgracia, merecedero, no sólo de justicia, sino también de comprensión y compasión. (Voto 1739-92 Sala Constitucional de Costa Rica).

Algunas de las discusiones más interesantes sobre este principio, recaen en la determinación del sujeto que debe hacerlo valer. Con frecuencia se dice que compele a todos los funcionarios que conozcan de la sumaria, pero la noción más aceptada, es que los juzgadores son los llamados a iluminar sobre ello.

Tradicionalmente se ha dicho que la determinación de cuándo existe duda y cuando hay certeza de la culpabilidad corresponde al tribunal de juicio, pudiendo ser controlado ello solamente cuando el tribunal a pesar de condenar expresara de alguna manera un juicio dubitativo sobre la culpabilidad del imputado, basándose de esta manera para dicha condenatoria en la duda o probabilidad (...) Esta posición fue sostenida en forma reiterada por la Sala Tercera por mucho tiempo. Sin embargo, con posterioridad su criterio varió, ello, según se señaló por la Sala dentro de la necesidad de apertura del recurso de casación, de modo que permitió que se hicieran reclamos de falta de fundamentación indicándose que se quebranta el *in dubio pro reo* (Llobet, 2006, p. 75).

## **LOS DERECHOS AL PROCEDIMIENTO**

Más que uno solo, aquí se habla de una serie de derechos que garantizan el correcto funcionamiento del proceso penal. El primero es lo que se conoce como el derecho de amplitud de prueba que reconoce la aportación de elementos probatorios de diversa índole como pertinente y necesaria en tanto no sea espuria (es decir, obtenida por medios no legítimos). Tanto el Ministerio Público como la defensa técnica contarán con la libertad de presentar y utilizar dichos elementos como mejor lo consideren y sacándole el mayor provecho posible para exponer sus respectivas tesis. De este último aspecto surge un principio aparte, el de la legitimidad de la prueba (reiterándose que esta no puede provenir de la ilegalidad).

Los otros principios que tienen sus raíces en la temática de la correcta fluidez del procedimiento incluyen:

- Principio de inmediación de la prueba. Este sugiere que todos los elementos probatorios deben ser puestos en conocimiento de las demás partes del proceso y

en condición inalterada. Es menester que los juzgadores ayuden a divulgar estos tan pronto como los reciban.

- Principio de la identidad física del juzgador: Básicamente, indica que los juzgadores deben ser los mismos durante el conocimiento del caso para evitar confusiones que puedan desembocar en análisis erróneos que afecten los intereses de los involucrados. Los jueces que reciben la prueba, deberán estar presentes en el debate y dictar posteriormente la sentencia. Tómese en cuenta que este principio es “temporal” y se rompe al momento de acudir a los medios de impugnación como bien señala la Constitución Política en su artículo 42: “*Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. (...)*”.
- La publicidad del proceso: El debate en teoría debe ser público con el propósito de que se puedan ventilar más fácilmente posibles irregularidades. No obstante, existen situaciones que justifican limitar tal publicidad. Un juicio en que los afectados sean menores de edad podría representar una de esas excepciones. La audiencia preliminar por su parte, si se desarrolla completamente en un ambiente privado.
- La impulsión procesal de oficio: Recae sobre el juez la tarea de impulsar el desarrollo del proceso en todas sus etapas.
- La comunidad de la prueba: Su significado radica en que la prueba aportada tiene el poder de influir en todas las partes involucradas, incluso si eso acarrearé consecuencias contrarias a las deseables o si desembocará en un resultado distinto al originalmente esperado.
- Principio de valoración razonable de la prueba: Se afirma que los jueces están en obligación de conocer los elementos probatorios bajo la óptica de una sana crítica racional. No es concebible que los encargados de impartir justicia se vieran de pronto, parcializados hacia alguna de las partes en especial, ignorando lo que los documentos, los testimonios y las pericias aportaran.

## **EL DERECHO A UNA SENTENCIA JUSTA**

Un fallo condenatorio debe estar extenuantemente justificado, no dejando en lo posible, lugar a cuestionamientos. Debe contener una explicación detallada de los aspectos

que contribuyeron a arribar a esa conclusión. Este derecho se sostiene en los siguientes principios:

- Principio Pro Sentetia:

Según este, todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a considerar los requisitos procesales, especialmente las inadmisiones de cualquier naturaleza, restrictivamente y solo a texto expreso, mientras que debe interpretarse extensivamente y con el mayor formalismo posible todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia; (Voto 1739-92).

- Derecho a la congruencia de la sentencia: Debe existir una línea que conecte la acusación, la prueba ofrecida y finalmente, la decisión final que de forma a la sentencia. No pueden dictarse fallos que ignoren los elementos que ya se discutieron anteriormente.

### **EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA**

Una sentencia condenatoria no es definitiva. Como siempre cabe la posibilidad de que se presenten algunos de los problemas aludidos con anterioridad, producto de un indebido ejercicio de la labor jurisdiccional, es de suma importancia que la parte afectada por esa condenatoria pueda recurrirla. Esto se hace mediante el recurso de apelación el cual, como ya se vio, deberá ser conocido por jueces distintos a los redactores del fallo. En el supuesto de que la apelación no prospere, el interesado puede volver a intentar defender sus alegatos mediante un último recurso de casación.

### **LA EFICACIA FORMAL DE LA SENTENCIA (COSA JUZGADA)**

En general, el principio de la cosa juzgada en materia penal se vincula al denominado de non bis in idem, consagrado a texto expreso en el artículo 42 de la Constitución según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, en lo cual debe enfatizarse, porque es violatorio del derecho al debido proceso reabrir causa penal ya fallada por unos mismos hechos, aun cambiando su calificación penal o aun a la luz del

surgimiento de nuevas o incontrastables pruebas de cargo. (Voto 1739-92 Sala Constitucional de Costa Rica).

Este sub principio también es reconocido por la Carta Magna en el numeral 42, disponiendo: “*Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.*”.

### **DERECHO A LA EFICACIA MATERIAL DE LA SENTENCIA**

Los jueces como máximos representantes del Derecho deben procurar que lo estipulado en una sentencia se cumpla cabalmente y sin contratiempos. Sorteando así, todos los obstáculos sociales o políticos que pudieran interponerse.

### **DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO**

Aunque no expresamente desarrollado por el Voto 1739-92 de la Sala Constitucional, existe otro principio que nace del debido proceso y recíprocamente le nutre para un correcto funcionamiento. La no obligación de declarar contra sí mismo o contra familiares cercanos, es una garantía constitucional que se relaciona directamente con el fuero de protección a la inocencia inherente a todo ser humano. Funge como una barrera legal que debe ser derrumbada por el Ministerio Público con base en prueba convincente. La Constitución Política apunta: “*Artículo 36: En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.*”.

Así como el investigado se encuentra protegido para no admitir su propia culpabilidad (puede hacerlo, sin embargo, si las condiciones en que lo hace no son completamente libres y producto de su voluntad, la declaración tendrá que desecharse por no ser conforme a Derecho), adicionalmente el artículo anteriormente referido le brinda autorización para no pronunciarse con respecto a la posible culpabilidad de familiares cercanos.

Incluso si se supiera que este sujeto estuvo presente en el lugar de los hechos, y podría ofrecer información valiosa para la resolución del caso en calidad de testigo (a), si los afectados serán miembros de su núcleo familiar y en razón de ello, prefiere no emitir un

pronunciamiento que les pueda perjudicar, tal decisión será completamente legal y los funcionarios judiciales se verán obligados de respetarla.

Es común que esta garantía convencional sea extendida en las constituciones nacionales para que el imputado tampoco sea obligado a declarar contra sus parientes inmediatos ni a confesarse culpable, salvo que dicha confesión sea hecha sin coacción de ninguna naturaleza (lo óptimo sería que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez). El espíritu de esta “inmunidad de declarar” es dejar al arbitrio del imputado si declara o no, pero ante todo, tiene la finalidad de desterrar aquellas concepciones inquisitivas que buscaban afanosamente lograr la confesión del imputado, incluso en perjuicio de su dignidad humana. (Rodríguez, pp. 1314 - 1315).

Resumidamente, este principio (referido en otras ocasiones como derecho a la no incriminación) se compone de tres aristas; el derecho a guardar silencio, pero también, el derecho a ser oído, no pudiendo las autoridades jurisdiccionales obligar a la persona sobre quien pesa una acusación, a acogerse a alguna de esas dos acciones. El tercero es el derecho de esa persona a estar informada sobre las implicaciones de guardar silencio (tendrá que estar enterada de que el silencio no es sinónimo de culpabilidad a ojos de los juzgadores).

El derecho a no declarar contra sí mismo es de hecho de acatamiento internacional para las naciones miembro de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela). La regulación propiamente se encuentra en el inciso g del postulado 2 del artículo 8 (garantías judiciales) de ese documento. Textualmente se estipula que:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes

garantías mínimas: (...) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...).

Hablando sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el ente encargado de interpretar y aplicar la convención referida en el párrafo anterior, así como otros tratados de la misma índole), valdría la pena comentar algunos casos que se han conocido en esa instancia, y que se relacionan con el derecho de no declaración.

En este punto, es interesante mencionar que otra garantía constitucional en el ordenamiento costarricense como lo es la prohibición de ser sometido a tratos crueles o degradantes y la cual también debería de ser acatada en otros países, puede lamentablemente verse violentada conjuntamente con el tema de declarar (*“Artículo 40: Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.”*). Véase en el caso “Tibi vs Ecuador”:

En el caso Tibi, la víctima fue torturada en varias ocasiones, golpeada, quemada y “asfixiada” con el fin de obligarla a confesar su participación en el caso de narcotráfico imputado por las autoridades ecuatorianas. Lo anterior no solo constituyó una violación al derecho a la integridad personal, sino también al derecho a no ser obligado a declararse culpable. (Herencia, p. 371).

Otro caso de similares características es el conocido como “Herrera Espinoza y otros vs Ecuador”. Al igual que en el anterior, se conocieron aquí delitos de tráfico internacional de drogas, y hubo agresiones y arbitrariedades de por medio. Notoriamente, el encarcelamiento de los sospechosos sin que las autoridades contaran con indicios sólidos de la comisión de los supuestos delitos, fue uno de los aspectos más polémicos que rodearon a este caso. Tal privación de libertad obedeció a unas simples diligencias policiales y no se basó en las disposiciones oficiales que un ente juzgador hubiese emitido.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce expresamente en sus apreciaciones del caso, que además de haberse violentado los derechos a la integridad

física, o a la libertad por mencionar algunos, se vieron afectadas, además, nociones elementales del debido proceso como el derecho a abstenerse de declarar.

81. La Comisión consideró que las lesiones referidas por las presuntas víctimas constituyeron un daño intenso y severo y que los actos de violencia fueron perpetrados de manera intencional por agentes del Estado con la finalidad de que aquellas se declararan culpables de un delito. Concluyó que se verificaron actos de tortura y que el Estado violó en perjuicio de las cuatro presuntas víctimas, el derecho a la integridad personal establecido en el artículo 5 de la Convención, en relación con su artículo 1.1. (CIDH, 2016, p. 27).

Cualquier persona que sea sometida a actos de violencia con tal de conseguir una declaración, no tendrá más remedio que emitirla para que las agresiones cesen. Es una situación similar a las torturas que se llevan a cabo con la finalidad de extraer algún tipo de información. Siempre estará la posibilidad de que el sujeto que recibe los tratos denigrantes “confirme” lo que sus agresores quieren escuchar solo para evitar que la tortura continúe.

190. El representante alegó la violación del artículo 8.2.g) y 8.3 de la Convención, en cuanto al derecho a no ser obligado a declararse culpable, toda vez que “las declaraciones rendidas en la policía que fueron obtenidas bajo tortura, fueron declaradas válidas por los jueces y las utilizaron como único fundamento de responsabilidad para emitir sentencia condenatoria en contra de Eusebio Domingo [Revelles]”. (CIDH , 2016, p. 53).

En lo referente a este detalle específico, uno de los peritos traídos a conocer de la situación (Coriolano) explica que, en virtud de que aunque teóricamente, exista la protección procesal para que el imputado no se vea impulsado a inculparse y de que en la práctica, el escenario de un imputado admitiendo su culpabilidad es bastante infrecuente, suponiendo que posteriormente, este imputado alegara que la declaración es producto de coacción, amenaza o tortura de algún tipo, será el Estado el llamado a demostrar que ciertamente fue una declaración voluntaria (es decir, automáticamente se tomará el alegato de los tratos denigrantes como cierto).

Este escenario conocido como la “regla de exclusión” se relaciona con el principio de inocencia puesto que no es el sujeto investigado quien debe demostrar que tiene razón, sino que, por el contrario, son las autoridades (Ministerio Público o ente estatal) las encargadas de establecer que no la tiene. Además, si se trae a discusión una supuesta concurrencia de actos contrarios a la dignidad humana, el Estado adquirirá de inmediato, la responsabilidad de dar inicio a las investigaciones correspondientes.

Retomando entonces el caso de Herrera Espinoza vs Ecuador, vale destacar que este se caracterizó por la existencia de actos abusivos de las autoridades contra los sospechosos de la comisión de un delito, contando además con el “agregado” de una despreocupación por parte del Estado para iniciar y dar seguimiento a una fiscalización de lo acontecido. Se demostró además, que el reconocimiento de participación de uno de los encartados, fue el resultado de la presión ejercida sobre su persona por oficiales de policía, de modo que sin lugar a dudas, se violentaron los lineamientos del debido proceso.

Finalmente, como consecuencia de lo indicado con anterioridad, los endilgados que vieron sus derechos fundamentales coartados, recibieron una compensación tanto por los daños materiales como inmateriales que se les provocó con los arbitrarios proceder de quienes tenían como tarea, aplicar la ley.

En escenarios particulares como el de la suspensión del procedimiento a prueba, se requiere que el imputado admita como ciertos los hechos que la acusación formulada por la Fiscalía le está atribuyendo, con el fin de que se le pueda otorgar la oportunidad de someterse a algún tipo de medida que evite un eventual destino en reclusión penitenciaria. No es una declaración en el sentido estricto, pero las similitudes dan a entender que, en esencia, son casi lo mismo.

Si bien, se ha determinado que tal reconocimiento no podrá ser aprovechado eventualmente como prueba en el supuesto de que las medidas alternas fallen y el proceso deba reanudarse, parece que lo que realmente se le está dando al sujeto investigado, es un “permiso” para declarar sin las consecuencias que ello normalmente acarrearía. Lo estipula el artículo 25 del Código Procesal Penal en su penúltimo párrafo; *“Si la solicitud del imputado no se admite o el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá considerarse como una confesión.”* y la ley 9582

en su numeral 11, inciso j que habla sobre los derechos y deberes de la persona ofensora usuaria de justicia restaurativa, entre ellos; *“A que se le garantice que toda la información brindada en la reunión o procedimiento restaurativo, sobre el daño causado o hecho delictivo, no podrá ser utilizado en ningún proceso judicial ni considerarse una confesión para fines procesales.”*

En un Estado de Derecho de gran relevancia es la regulación del imputado como un sujeto de derechos y no como un mero objeto de la actuación estatal, lo que lleva a que tenga que garantizarse la presunción de inocencia y el derecho de defensa y que se prohíba todo tipo de coacción tendiente a obtener su confesión. Se debe garantizar el derecho de defensa técnica del imputado y el derecho de abstenerse de declarar, los que tienen una relación entre sí. (Llobet, 2006, p. 51).

Existe un voto de la Sala Constitucional que resuelve la duda imperante en cuanto a si la aceptación de los hechos por parte del imputado, violenta sus derechos fundamentales de abstención y analógicamente, de presunción de inocencia. La resolución 02404-1998 del 01 de abril de 1998, es el resultado del análisis de un caso en donde el recurrente, mediante acción de inconstitucionalidad, alegaba que el artículo 25 del Código Procesal Penal (sobre los lineamientos de la suspensión del proceso a prueba) es contradictorio con el numeral 36 de la Carta Magna.

Entre las observaciones de dicho recurrente, está que las condiciones en las cuales un individuo sometido al proceso penal, acepta unos hechos que se le atribuyen para tener oportunidad de aspirar a una suspensión del proceso, no son idóneas. La razón de esto es que, naturalmente, por la situación potencialmente perjudicial a la que el encartado se enfrenta (la posible limitación de su libertad de tránsito), el aceptar su participación delictiva será casi una “necesidad” para resguardar sus propios intereses.

Ante tal afirmación la Sala Constitucional indica que, en realidad, no existe tal problemática por cuanto la suspensión del proceso a prueba es una mera herramienta procesal cuya utilización no es obligatoria. En ese sentido, no se le está forzando al encartado a que se pronuncie sobre la acusación que pesa en su contra, sino que

simplemente se le está dando la oportunidad de hacerlo con la finalidad de procurarse un beneficio.

Entiéndase que esta garantía de no rendir declaración, no impide que el imputado declare si es esa su voluntad. Es decir, lo que el artículo 36 de la Constitución prohíbe puntualmente, es que se ejerza cualquier tipo de coacción sobre el sujeto para extraer una confesión, más no limita su derecho a ejercer la defensa material. La garantía de no declararse culpable surge como respuesta a los métodos inquisitivos usados en el pasado en diversos países para lograr que el sospechoso de un crimen hablara. Como es obvio, esto no era nada conveniente ya que, con tal de detener las agresiones, el sujeto sería capaz de aceptar informaciones falsas, deformando así la imparcialidad que debe de ser inherente a todo procedimiento legal.

Se trata, entonces de la delimitación de un ámbito mínimo de protección -como es usual para este tipo de normas ubicadas dentro del capítulo de garantías individuales de nuestra Carta Fundamental-, a cuyo amparo un imputado puede, si lo desea, mantener silencio sobre la acusación que se le hace, y evitar así perjudicarse a sí mismo.- Al confrontar con tal garantía la norma impugnada, se concluye que no hay violación alguna porque, en primer término, no se establece a cargo del imputado una ineludible obligación de declarar, sino más bien una posibilidad para hacerlo si lo cree conveniente a sus intereses, es decir, al amparo de dicha regla ninguna autoridad puede conminarlo a declarar; (Res N° 02404 – 1998, Sala Constitucional de Costa Rica).

Adicionalmente, como ya es sabido, la declaración del imputado emitida específicamente para fines de la suspensión del proceso, no se puede tomar como prueba que le inculpe posteriormente en caso de que la suspensión fracase. Este es otro aspecto que llevó a la Sala Constitucional a considerar que no se violenta el artículo 36 de la Carta Magna. Para validar la suspensión, al sujeto investigado ni se le está obligando a declarar, ni se está sacando un provecho indebido de tal pronunciamiento.

En segundo término, la negativa de declarar no puede causarle perjuicio alguno, si la única consecuencia de desatender las previsiones del

artículo 25 cuestionado, será que el proceso penal sigue su curso normal, sin que el imputado pierda ni una sola de las garantías fundamentales que recoge nuestra Constitución Política en su favor y en caso de que decida aceptar su responsabilidad en el hecho, ello solo tiene consecuencias respecto a la concesión del beneficio, pues caso de incumplimiento -lo que conlleva la prosecución del proceso- el reconocimiento otorgado no tiene mayores consecuencias, pues no puede ser tenido como un reconocimiento de culpabilidad.- (Res N° 02404 – 1998, Sala Constitucional de Costa Rica).

Entre otros asuntos de interés, la Sala Constitucional ha señalado que la no obligación de declarar, no faculta bajo ninguna circunstancia al encartado para que mienta u ofrezca una versión de los hechos modificada para su propio beneficio. Simplemente se le concede la opción de guardar silencio si así lo desea y en caso de querer hablar, deberá referirse únicamente a la realidad de los hechos que se conocen. Sin embargo, es de notar que mentir, no hace al imputado incurrir en el delito de perjurio por cuanto su declaración no se realiza (en caso de realizarse) bajo juramento.

Posteriormente, mediante otra acción de inconstitucionalidad, el mismo promovente alegó que el artículo 373 también del Código Procesal Penal afecta la misma garantía constitucional aludida en el caso anterior. Dicho artículo se refiere al procedimiento abreviado. Con una argumentación similar, quien recurre expone que, su representado tuvo que admitir la totalidad de los hechos que se le atribuían con tal de apegarse a un procedimiento abreviado. Situación que, a su criterio, es contradictoria con el derecho fundamental que se viene desarrollando.

La Sala Constitucional respondió mediante resolución 1999-02624 que, en concordancia con la anterior resolución 02404-1998 y lo que ya se delimitó en aquél entonces, no existe realmente, una afectación a la garantía de no declaración propia dentro del proceso porque el instituto del procedimiento abreviado al igual que la suspensión del procedimiento a prueba, son opciones alternativas que pueden o no proponerse y seguirse. No hay, por ende, ningún tipo de presión ejercida sobre el imputado para que declare.

Tal y como se aprecia, los argumentos recién transcritos son plenamente aplicables a la situación que ahora se reclama, en tanto no existe

ninguna posibilidad de obligar al imputado de aceptar los hechos que se le imputan, ni se podría tomar en cuenta lo que eventualmente admita, si no es con su aprobación; se trata simplemente de una opción para que este pueda disfrutar de las ventajas de un trámite se trata simplemente de una opción para que este pueda disfrutar de las ventajas de un trámite abreviado de su proceso y no existen, aparte de estas, otras consecuencias jurídicas frente al artículo 36 Constitucional, de manera que no hay ninguna infracción de éste y en ese aspecto la acción debe rechazarse por el fondo. (Res N° 02624-1999, Sala Constitucional de Costa Rica).

Enlazado con lo anterior, se puede analizar un tercer voto también de la Sala Constitucional. El 1998-04864 de las 15:27 horas del 8 de julio de 1998. En este caso, se tuvo una consulta judicial facultativa formulada por el Tribunal de juicio de Cartago y supletoriamente, por la Procuraduría General de la República, orientada a esclarecer si el procedimiento abreviado es en realidad, inconstitucional.

Los promoventes se basaron en los siguientes argumentos: El procedimiento abreviado prácticamente lo que hace es emitir una sentencia condenatoria sin haber analizado a profundidad los elementos de prueba existentes, y toma, como único parámetro para su decisión, la declaración del imputado. Tomando en cuenta que el artículo 39 de la Constitución habla sobre la necesaria demostración de culpabilidad para imponer una sanción, se estaría violentando el debido proceso. Especialmente, en el tema de la garantía del imputado de no declarar contra sí mismo (ya que este será el único aspecto por considerar para aceptar el procedimiento abreviado. Tampoco es conveniente sostienen los recurrentes, que ese único elemento sea valorado por un Tribunal unipersonal).

Una vez más, la Sala Constitucional resolvió que lo alegado no es contrario a la Constitución. Primeramente, la confesión del endilgado, al igual que en el caso de la suspensión del procedimiento a prueba, no es obligatoria. Es simplemente una posibilidad a la que el sujeto puede decidir acogerse o no con absoluta libertad.

Tampoco puede decirse que al encausado se le coloca de alguna manera, en un estado de indefensión para que finalmente, se refiera a los hechos. Entre los principios del debido proceso se encuentra la necesidad de que, al sujeto sometido al proceso penal, se le

informe detalladamente de lo que está aconteciendo en su contra, las implicaciones de tal acontecer y los recursos con los que cuenta para resguardar sus intereses personales, y los derechos que le atañen.

Y pese a que podría pensarse en casos en que la voluntad no tenga esas garantías, precisamente por una inadecuada defensa técnica que brinde un consejo desacertado o no explique con claridad las consecuencias de la manifestación, entran a jugar los restantes mecanismos de garantía de los derechos del procesado, como de seguido se indica. No está de más señalar que, el Código en que se contiene el procedimiento que se analiza, obliga a los funcionarios a cargo de la investigación -como parte del sistema de garantías- a advertir al imputado -desde el primer momento en que se relacionan (artículo 92 del Código Procesal Penal)- sobre sus derechos y su posibilidad de abstenerse de declarar en relación con la conducta que se le atribuye (...) (Res N°1998-04864, Sala Constitucional de Costa Rica).

Adicionalmente al tema de la información, es igual de importante que la estructura del proceso en sí, conste de más de una instancia. Esto para que se “filtren” ciertos aspectos controvertidos inherentes al imputado y su elegibilidad para la figura especial que se ha propuesto a su favor.

Otra garantía importante con que cuenta la persona que se somete al procedimiento abreviado es el control jurisdiccional del trámite en dos etapas. La primera se desarrolla ante el tribunal del procedimiento intermedio, pues él decide sobre la procedencia de la solicitud de aplicación del trámite abreviado (artículos 317 inciso d), 319 y 374 del Código Procesal Penal), mientras que la segunda queda a cargo del tribunal de juicio constituido unipersonalmente (artículo 96 bis inciso c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial), competente para conocer del procedimiento. (Res N°1998-04864, Sala Constitucional de Costa Rica).

## **REPARACIÓN DEL DAÑO**

Otro sub principio. Curiosamente, la reparación del daño se contempla igualmente en la Constitución Política: “*Artículo 41: Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar*

*reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. (...)*”. Por otro lado, el famoso artículo 1045 del Código Civil, indica también que; *“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.”*. En materia penal, el artículo supra citado es relevante por la existencia de la acción civil resarcitoria, y su frecuente interposición.

A pesar de que, en teoría, los derechos fundamentales que recoge la Carta Magna deben ser de acatamiento obligatorio para las diversas entidades del Estado y personas físicas, lo cierto es que por lo menos en el caso específico del artículo 41, se puede apreciar una pretensión complicada, casi utópica si se le quiere ver bajo una óptica algo más rigurosa.

Encontrar justa reparación ante un menoscabo que, contra la integridad física, la propiedad o cualquier otro bien jurídico tutelado ocasione un tercero es una esperanza razonable. Todo buen ciudadano que vea su tranquilidad perturbada por un conflicto legal, estará en posición de exigir que se le restituya lo perdido de una manera u otra, primero porque él/ella no actuó incorrectamente ante el Estado para “merecer” agresión de ningún tipo y segundo, porque el concepto de “justicia” en términos generales implica un balance en las relaciones. Igualdad (o lo más parecido) entre lo que se da y se recibe.

Sin embargo, no es un secreto que el actual sistema judicial en Costa Rica posee un énfasis muy marcado en castigar antes que hacer reparar o retribuir. Se parte del pensamiento de que el delincuente es alguien incapaz de acatar los lineamientos sociales y culturales, por lo que se le debe colocar en un ambiente separado al de la población común para evitar que continúe delinquiendo y/o para intentar modificarle su comportamiento antes de re ingresarle nuevamente a ese grupo poblacional.

Por ende, si únicamente se busca coartar la libertad de tránsito y otras garantías individuales de los ofensores con el fin de que “comprendan” las implicaciones de su obrar, no se puede hablar realmente de una reparación para con el afectado. De hecho, es notorio como este último queda casi relegado a un segundo plano mientras el proceso judicial se asemeja más a una contienda entre los representantes de ambas partes por definir el destino de quien quebrantó una norma.

Ahora bien, está claro que la totalidad de los delitos que contiene el actual Código Penal no revisten el mismo nivel de gravedad y por lo tanto, no se les puede juntar dentro de un mismo grupo. La afectación por ejemplo en un delito de homicidio simple o calificado es tal, que resultaría absurdo tratar de arribar a una conciliación (esto sin mencionar que el afectado principal al estar muerto, no puede manifestar opiniones, emociones ni consentimiento para aprobar la procedencia de ningún trámite).

En otros delitos como el abuso sexual contra persona menor de edad y/o incapaz, la simple idea de proponer una conciliación resultaría cuando menos polémica. Lo más probable es que nunca se acepte como una vía real de resolución del conflicto porque se está tratando con personas que aún no han desarrollado completa y satisfactoriamente sus capacidades cognitivas e intelectuales, y que dependen de la dirección de sus padres o tutores legales en la vida diaria. Un menor de edad no puede, bajo ninguna circunstancia, emitir un criterio que promueva un acuerdo conciliatorio para el imputado. Por ello, en este delito particular es complicado hablar de reparaciones.

Pero si se retoma el tema central del artículo 41 de la Constitución Política, se puede concluir que gran cantidad de delitos de poca gravedad, no han aprovechado suficientemente algún tratamiento más acorde con el concepto de reparación (nótese que este numeral hace referencia al daño físico y al daño contra bienes, pero también al daño ocasionado a “intereses morales” lo cual puede representar un ámbito más complejo de delimitar y que requiere un análisis bastante más cuidadoso).

Hay varias aproximaciones sobre lo que implica una reparación del daño que han sido discutidas a nivel doctrinal. La reparación ex delicto o derivada de delito es una de ellas y resulta ser una de las que tiene mayor alcance. Lo que establece es que el delito no es un factor que da origen a una responsabilidad para el actuante sino una obligación. Es decir, se exige a quien cometió la falta que responda por ella, sin ofrecerle muchas otras posibilidades a las cuales pueda apegarse.

También está la reparación del daño como consecuencia jurídico-penal:

Esta coincide parcialmente con la reparación del daño derivada de delito, en cuanto a su contenido material de compensación del daño material

e inmaterial. Sin embargo, a partir de las nuevas tendencias político-criminales, se pretende atribuir a la reparación del daño un papel importante en el sistema punitivo. En la mayoría de las propuestas no basta con la reparación civil o resarcimiento, se exige algo más, un plus para que esta adquiera el carácter de consecuencia jurídico-penal. Las ideas se dirigen a que la reparación sea una pena, un nuevo fin independiente de la pena; o una tercera consecuencia jurídica, al igual que la pena y medida de seguridad. (Arias).

Tercero. La mediación víctima-delincuente, la reconciliación y la regulación de conflictos representan situaciones en las que la reparación del daño es tema central. Adicionalmente, comparten la característica de funcionar para alcanzar como fin último, la paz jurídica. Vale destacar que es precisamente en la primera categoría en la cual se encuentra lo que es Justicia Restaurativa.

Wright (1996) establece que, la línea divisoria entre lo que se considera un daño común y lo que se considera como una acción delictiva propiamente es delgada y siempre se encuentra sujeta a cambios. Con base en ello, el autor maneja la tesis de que ciertos delitos pueden ser abordados con un enfoque de reparación porque no son más que meros conflictos de índole patrimonial y bajo esa tesitura, no se diferencian de malentendidos que diariamente se dan entre ciudadanos.

Para ilustrar esta idea, Wright menciona que, suponiendo un escenario de disputa entre vecinos en donde el objeto de la controversia sean los límites de una propiedad (en que lugar se coloque una cerca o un muro) y otro en el que, un sujeto se apodere de un automóvil que no le pertenece, ambos comparten la naturaleza de controversia respecto a la propiedad de algo. Se diferencian, sin embargo, porque uno se constituirá en un conflicto civil, y el otro en un crimen.

Establecido lo anterior, Wright afirma que no debería de dársele soluciones distintas a lo que él considera, problemas iguales en su concepción. Adicionalmente, los delitos y la afectación civil se entremezclan dando como resultado, una única problemática a enfrentar.

## **SOBRE LA ACCIÓN PENAL**

Para comprender lo que se pretende al acudir a una vía alternativa de resolución de un conflicto con el fin de “bordear” la remisión de una persona a un centro privativo de libertad, es importante analizar en primera instancia, lo que la doctrina tanto nacional como relativa al Derecho comparado ha establecido sobre la acción penal. Elemento que brinda la fuerza para comenzar con la persecución y promover una fase investigativa.

La acción penal constituye el acto de un tercero ajeno a los causantes de un daño, para visibilizarlo y dar “luz verde” al inicio del proceso jurídico que corresponde. La acción puede ser de naturaleza pública, privada o pública perseguible a instancia privada

De otra manera, desde que la acción procesal reemplaza a la acción física del ofendido, desde que éste pierde el derecho de venganza, su lugar es ocupado por el derecho de reclamar, al mismo tiempo, el castigo del delincuente y la reparación del daño patrimonial causado por el delito. La acción privada tiende entonces a hacer efectiva, simultáneamente, la responsabilidad penal y la civil. Solo está en juego el interés privado, porque no se concibe que la represión del delito sea de interés público. Ni se distingue entre pena e indemnización, ambas confundidas en la idea simple imperante. (Vélez, 1981 p. 295).

El autor Alfredo Vélez mantiene esta posición en su libro “Derecho Procesal Penal” (Tomo I). Aquí explica muy claramente la diferencia entre una acción penal de índole pública y otra de índole privada, argumentando que la entrada forzosa del Derecho tan solo se da en una de los dos escenarios.

Esta concepción del Derecho Penal argentino también es reconocida dentro de la legislación costarricense. Precisamente, el Código Procesal Penal estipula en su numeral 16 que *“La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este código concede a la víctima o a los ciudadanos.”* Se reconoce adicionalmente una tercera categoría; los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada.

Resulta de suma relevancia tener claridad en cuanto a los supuestos en que cada una de estas acciones procede según el mismo código procesal. Sobre los delitos de acción pública se tiene que:

En los delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre, la hacienda pública, los deberes de la función pública, los ilícitos tributarios y los contenidos en la Ley de aduanas, N° 7557, de 20 de octubre de 1995; la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica, N° 7558, de 3 de noviembre de 1995 y la Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, N° 6872, de 17 de junio de 1983, la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos iniciados por acción de la Procuraduría, esta se tendrá como parte y podrá ejercer los mismos recursos que el presente Código le concede al Ministerio Público. (Código Procesal Penal, artículo 16).

Su característica elemental es que no es necesaria la interposición de una denuncia para proceder con la investigación y recolección de indicios. En otro contexto, los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada si requieren de una denuncia formal e igualmente, el Ministerio Público tendrá la tarea de impulsar el procedimiento. El Código Procesal Penal (artículo 18) contempla en esta última categoría el contagio de enfermedades, violación y agresiones sexuales contra persona mayor de edad, lesiones culposas o leves que no tengan que ver con accidentes de tráfico, incumplimiento de deber alimentario, abuso de patria potestad, usurpación, violación de domicilio, ocultamiento de impedimentos para matrimonio y matrimonio simulado.

Por último, los delitos de acción privada se caracterizan por no contar con la promoción del Ministerio Público, sino que el impulso procesal va a recaer en las partes. Esto como consecuencia del carácter personalísimo del bien jurídico tutelado. Aquí se encuentran los delitos contra el honor y la propaganda desleal básicamente.

## **EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL**

Ahora, en lo concerniente al tema de la extinción de la acción penal, no está de más recordar los supuestos en los cuales opera. Esto debido a que la comprensión de ese punto es vital al momento de determinar la posible procedencia de la restauración entre las partes como bien lo expone Jorge Jiménez Bolaños en “Breve Análisis de la Justicia Restaurativa” haciendo una comparación entre la legislación costarricense y la española con el fin de ilustrar su posición.

El artículo 30 del Código Procesal Costarricense señala claramente los casos en que se extingue la acción penal. El inciso J señala la extinción de la acción penal en casos de delitos de contenido patrimonial sin grave violencia contra las personas o en delitos culposos en el caso de la reparación integral del daño, el inciso K por otra parte señala la extinción de la acción penal por conciliación. La extinción de la acción penal en estos casos está expresamente regulada en el Código. Lo anterior quiere decir que si se dan los presupuestos de la reparación integral del daño (Daño físico, moral, y material) a la víctima se opera la extinción de la acción penal. (Jiménez, 2013, pp. 172).

Este extracto como puede verse, alude a lo que la normativa costarricense estipula sobre los límites que la acción penal no tiene permitido sobrepasar. Jiménez trae a colación la normativa española y realiza unas observaciones que vale la pena conocer y analizar. Menciona textualmente:

En relación con el proyecto del Código Procesal Penal Español debemos hacer las siguientes observaciones: 1- Señala la posibilidad de que se dé la suspensión del proceso a prueba según el artículo 92, pero tratándose únicamente de delitos leves, no siendo claro en este aspecto que ha de entenderse por delitos leves. 2- Aunque el proyecto regula la mediación, sin embargo, el mismo no es claro en cuanto a que se dé una extinción plena de la acción penal si se da una mediación. El artículo 142 permite la mediación entre la víctima y el ofendido pero no es clara en cuanto a los alcances legales que produciría una mediación en relación con

la acción penal. Y tampoco determina en qué delitos pueda darse la mediación. (Jiménez, 2013, pp. 172-173).

Jiménez expone una serie de problemas que él considera, se presentan en el proyecto del Código Procesal Penal Español. Primeramente, la oscuridad sobre algunos aspectos que el proyecto intenta desarrollar.

3- Veo además que queda a criterio del Ministerio Público determinar la procedencia de la mediación, en qué casos es procedente, lo cual considero que debería estar reglado para dar un debido proceso a la víctima y al encausado, para saber en qué casos procedería según la ley y no dejarlo al arbitrio del Ministerio Público. 4- Señala la necesidad de que un tercero especializado participe en la mediación, dejando de lado la posibilidad de que el Juez pueda acercar a las partes ofendido y víctima para que ellos mismos lleguen a una conciliación. (Jiménez, 2013, pp. 172-173).

Segundo, el autor manifiesta una discordia con la idea de que la procedencia de ciertos beneficios para el imputado, queden a criterio de funcionarios judiciales y no se encuentren debidamente reconocidos por la legislación, siendo que esto último sería mucho más conveniente para evitar violaciones al derecho de presunción de inocencia.

5- En conclusión creo que si bien el proyecto abre la posibilidad de la justicia restaurativa considero que lo hace no plenamente. debiéndose precisar aun más ciertos conceptos, alcances y efectos jurídicos de la mediación y la reparación integral del daño. (Jiménez, 2013, pp. 172-173).

## **MEDIDAS ALTERNAS**

Con la reforma al Código Procesal Penal en 1998, se agregaron tres nuevas figuras que buscaban disminuir el porcentaje de condenas penitenciarias y contribuir a la paz en general. Hasta el día de hoy, se continúan utilizando con gran éxito diariamente en el ámbito jurídico penal. Estas son la suspensión del procedimiento a prueba, la conciliación y la reparación integral del daño.

## **SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA**

La figura de la suspensión del procedimiento a prueba se recoge en el artículo 25 del Código Procesal Penal. A continuación, la transcripción literal:

Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba siempre que, durante los cinco años anteriores, no se haya beneficiado con esta medida ni con la extinción de la acción penal por la reparación del daño o la conciliación. Para tales efectos, el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios. (...) Para otorgar el beneficio, son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba.

Es a grandes rasgos, una herramienta procesal que permite otorgar al imputado, la oportunidad de proponer un arreglo respecto a la afectación que causó y luego cumplirla para evitar la pena de prisión (la propuesta en este escenario se realiza por medio de la defensa técnica apersonada). Como es evidente por su naturaleza, esta suspensión solamente puede operar en situaciones muy concretas, ya que, en primer lugar, el daño al bien jurídico tutelado no puede ser uno de considerable gravedad y en segundo, la propuesta de ese plan debe ser viable y acorde con las posibilidades del encausado.

A nivel de doctrina, se han brindado de igual manera, algunas definiciones de utilidad:

Instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal en favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba de la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico penales posteriores. Si se transgrede o cumple insatisfactoriamente la prueba el tribunal, previa audiencia en la que interviene el imputado, tiene la facultad de revocar la

medida y retomar la persecución penal contra él. (Portuguez y Rojas citados por Herrera, 2017, p. 35).

La aparición de esta opción dentro del proceso penal se da durante la década de 1990, junto con otras similares como la conciliación ya que en dicha década (puntualmente en el año 1998) entró en vigencia una reforma importante para el Código Procesal Penal. Esto contribuyó a ampliar el abanico de recursos con los que los profesionales en esta materia podrían tratar los casos que les correspondiese.

Interesante sin embargo es notar que, en otras legislaciones, el concepto si se introducía, aunque fuese de manera más sutil y menos desarrollada desde hace algún tiempo. Por ejemplo, véase en Alemania:

La suspensión condicional de la pena es la parte más importante de la reforma político-criminal emprendida tras la 2. Guerra Mundial (...). En esta institución se une el juicio de desvalor ético-social contenido en la sentencia penal con el llamamiento, fortalecido por la amenaza de ejecutar en el futuro la pena, a la propia voluntad del condenado para reintegrarse a la sociedad. A través de las instrucciones (...) y de la ayuda durante el período de prueba (...) se le ofrece apoyo para observar una conducta ordenada durante el período de prueba, evitando, al mismo tiempo, los daños que lleva normalmente anejos el cumplimiento de una pena privativa de libertad. (Jescheck, 1978, pp. 1152-1153).

Esta definición utiliza palabras ligeramente distintas para describir lo que en Costa Rica se conoció a partir de los años 1990 como suspensión del procedimiento a prueba. Como se puede observar, En la doctrina alemana se reconocía ya dos décadas atrás con el nombre de suspensión condicional de la pena.

En este caso, los términos “pena” y “proceso” o “procedimiento” a pesar de que evidentemente y fuera del contexto idóneo designan elementos completamente diferenciados, dentro del concepto “suspensión condicional (a prueba)” terminan por establecer la misma utilidad. Ya sea que se suspenda todo el proceso o se suspenda únicamente la aplicación de la pena de prisión, el punto es que se está buscando otorgar una

oportunidad al imputado para que al final, esa pena no tenga necesariamente que ser descontada.

La prognosis social favorable del reo, que debe darse en todo caso, consiste en la esperanza de que el condenado sentirá la condena como una advertencia y no cometerá en el futuro ningún delito (...). Con razón no se exige ya la perspectiva de una “vida futura ordenada y conforme a la ley” (...), ya que para el fin preventivo de la suspensión basta con que no se vuelva a delinquir en el futuro (...). Esperanza no significa certeza (...). El tribunal debe estar dispuesto a asumir un riesgo prudencial; pero si existen serias dudas sobre la capacidad del condenado para comprender la oportunidad de resocialización que se le ofrece, la prognosis debe ser negativa, lo que de hecho supone un “in dubio contra reum”. (Jescheck, 1978, pp. 1154-1155).

Para otorgarle al endilgado la oportunidad de someterse a una medida alterna, este debe tener ciertas características de personalidad, culturales y hasta de relación con su entorno que alimenten una percepción favorable sobre su persona y hagan suponer, que está en condiciones de cumplir con una tarea que se le encomendará.

La prognosis exige una valoración total de todas las circunstancias que hacen posible una conclusión sobre la conducta futura del reo. Estas circunstancias son su personalidad (por ej., inteligencia y carácter), su vida anterior (por ej., otros delitos anteriormente cometidos de la misma o de otra naturaleza), las circunstancias de su delito (por ej., motivaciones y fines), su comportamiento tras haber cometido el delito (por ej., reparación del daño, arrepentimiento), sus circunstancias vitales (por ejemplo, profesión, matrimonio y familia) y los efectos que se esperan de la suspensión (por ej., ayuda durante el período de prueba (...)).(Jescheck, 1978, pp. 1154-1155).

La razón de que se consideren tales circunstancias particulares, es porque si bien, siempre está presente la probabilidad de que un imputado fracase en el cumplimiento de una medida alterna y es un riesgo que los juzgadores aceptan, también es verdad que entre

más integrado esté ese individuo a la vida en sociedad, más difícil será que de repente busque alejarse lo más posible de la misma.

No hay ninguna razón para excluir regularmente del beneficio de la suspensión condicional determinados grupos de delitos como los delitos sexuales, los delitos violentos, la conducción en estado de embriaguez (...). La gravedad del injusto y de la culpabilidad sólo debe tomarse en cuenta en el hecho enjuiciado cuando se pueda derivar de ello un peligro de reincidencia. (Jescheck, 1978, pp. 1154-1155).

Se concluye de estas citas extraídas del libro “Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo II” escrito por Hans-Heinrich Jeschek que definitivamente, el elemento de la suspensión condicional de la pena que describe, fue de donde se tomaron las bases para la creación de la suspensión del proceso en normativa costarricense muchos años después. Las condiciones para asegurar la procedencia de esta pausa obedecen a las probabilidades de que el ofensor no vuelva a incurrir en la acción delictiva a futuro.

Desglosando punto por punto; Jescheck afirmaba que el primer aspecto a considerar para saber si el sujeto era apto para beneficiarse de la suspensión de la pena era su propia personalidad. En el Código Procesal de Costa Rica, la figura solamente puede usarse en ciertos delitos, por lo que, a un grado menos evidente quizás, se está tomando en cuenta la personalidad (ya que algunos delitos por su propia naturaleza requieren por lo general que quien los cometa sea una persona de rasgos violentos o antisociales. Tómese como ejemplo, el homicidio calificado por alevosía y ensañamiento).

La vida anterior del encausado juega un papel primordial puesto que el Código Procesal delimita de forma muy específica que se podrá solicitar suspensión cuando proceda la ejecución condicional de la pena, que, dicho sea de paso, requiere que el ofensor no posea antecedentes penales y que la pena a imponer no exceda los tres años.

Respecto a las circunstancias que rodean el delito, y como se indicó previamente, solamente determinados y muy selectos delitos pueden ser objeto de lo que dispone una suspensión del procedimiento. Por lo tanto, es lógico que aquellos tipos que impliquen violencia, una planeación elaborada o el simple deseo de producir daños a terceros, no

permitan otorgar oportunidades al imputado de evitar la prisión. En conducción temeraria, por ejemplo, no existen tales circunstancias ya que, a pesar de desplegar un comportamiento contrario a la ley, no se supone que la persona desee causar afectación.

Las circunstancias vitales no son tan determinantes como los otros aspectos y más bien en un proceso penal costarricense, pueden tener mejor cabida al momento de dictar medidas cautelares. El comportamiento luego de haber cometido el delito en cambio, si posee más relevancia en razón de que la procedencia de la suspensión necesita de la aceptación de los hechos por parte del encartado y esto, usualmente viene acompañado de un arrepentimiento.

Todo esto y como alega Jeschek, tiene como finalidad última disuadir la eventual reiteración del obrar delictivo más que funcionar como un castigo. Por ello es tan importante que se cumplan los requisitos ya que, por sus características personales, no todos pueden evitar volver a delinquir.

Si se acude a la doctrina de España para encontrar referencias, se puede ver que se ha discutido una figura similar más no igual a lo que es la suspensión condicional de la pena alemana. José María Rodríguez Devesa (1979), catedrático de Derecho Penal en Madrid reconoce en su libro “Derecho Penal Español Parte General” una remisión condicional de la pena:

La remisión condicional, llamada también en nuestra ley impropriamente “condena condicional”, es un sustitutivo de las penas cortas privativas de libertad basados en la ausencia de peligrosidad del delincuente primario. Quedan excluidas, por consiguiente, “las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, si estas figurasen como accesorias” (...) y tampoco alcanza “a las responsabilidades civiles” (art. 97). (...) “El plazo de esta suspensión será de dos a cinco años, que fijarán los Tribunales, atendidas las circunstancias del hecho y la duración de la pena impuesta” (art. 92). (Rodríguez, 1979, pp. 842-843).

En realidad, si bien esta figura aludida por Rodríguez comparte algunos elementos en común con la suspensión del proceso, no son lo mismo. De hecho, ya en la normativa

costarricense se reconoce lo que es la ejecución condicional de la pena: *“Al dictar sentencia, el Juez tendrá la facultad de aplicar la condena de ejecución condicional cuando la pena no exceda de tres años y consista en prisión o extrañamiento.”* (Artículo 59, Código Penal). El motivo entonces por el que se considera importante traer a colación la definición dada por ese autor es debido a que en primer lugar, no debe olvidarse que la ejecución condicional de la pena comparte requisitos de procedencia con la figura de la suspensión del proceso (*“Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba (...)”* Artículo 25, Código Procesal Penal). En segundo lugar, la legislación española no contiene hasta el día de hoy, la figura de la suspensión del proceso como tal, por lo que no se puede trabajar con dicho recurso y al hurgar en la doctrina de ese país europeo, no se encontraran referencias tan directas.

En síntesis, tal y como la denominación lo indica, la ejecución condicional de la pena implica que el sujeto ya fue sentenciado, pero tiene derecho por cumplir con los requisitos establecidos a que esa condenatoria no se ejecute de manera estricta. En la suspensión del procedimiento, se busca que la causa no desemboque en una condena, por lo que puede decirse que representa un carácter más retributivo y de resolución alternativa.

En concordancia con lo que es esperable de decantarse por la suspensión de un proceso antes que continuar irremediamente hacia una pena de prisión como solución al conflicto, en Argentina se ha dicho lo siguiente:

La Sala de lo Constitucional dijo en reciente jurisprudencia, al juzgar la inconstitucionalidad alegada del instituto en estudio, que *es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un imputado que ha cometido un delito, y a quien se somete durante un cierto lapso al cumplimiento de un periodo de prueba, en el que deberá cumplir determinadas obligaciones.* Al concluirlo satisfactoriamente, se declara extinta la acción penal sin consecuencias penales posteriores; pero si ello no es así, procede su revocatoria, con la consiguiente persecución penal de la Fiscalía General de la República. (Landaverde, 2015).

De ese mismo voto, se extraen cuatro objetivos a los que aspira la pausa temporal del proceso. El primero es “sacar” el caso del sistema judicial, parar su continuidad. Segundo; ofrecer al indiciado una alternativa diferente para enfrentar las consecuencias de su comportamiento. Tercero; evitar en la medida de lo posible, las negativas consecuencias de la pena privativa de libertad y cuarto; La sociedad se ve también beneficiada ya que obviamente, los costes económicos de mantener a una persona dentro del sistema penitenciario provocan un menoscabo a las arcas del Estado. Dinero que podría emplearse en áreas más provechosas para el bien común.

Sobre el momento procesal oportuno para que, entre la propuesta de suspensión, según el Código Procesal Penal, puede ser en cualquier momento hasta antes de la apertura a juicio. En este apartado, Diana Peraza Retana en su tesis “La utilización de la suspensión del proceso a prueba dentro de la etapa de juicio en materia penal juvenil en el 2008” explica que no está muy claro el origen de esa medición y que el tema ha dado gran material de discusión para la jurisprudencia.

La Sala Tercera en el año 2001, en uno de sus votos, hace referencia a que no se puede reprochar que en un juicio, el juez no resuelva sobre la solicitud de una Suspensión del Proceso, solicitada por la defensa técnica y avalada por el Ministerio Público; esto debido a que es totalmente extemporánea (...) De la misma forma en el voto 687 del 2007 la Sala Tercera, señala la no aplicación de las Medidas Alternas durante la Etapa de Juicio, a menos que durante la etapa señalado para hacerlo no se pudiese aplicar por razones de fuerza mayor, entonces se podría ver su procedencia en etapa de juicio, es la única excepción que formulan al respecto. (Peraza, 2010, pp. 49-50).

La suspensión del procedimiento vale hacer la aclaración, lo que detiene es simplemente la continuidad de la persecución penal. Por tal razón, si se viese involucrado un actor civil que pretende reclamar la reparación económica del daño que se le ocasionó, este estaría en la facultad de decidir el destino de dicha acción, pudiendo “congelarla” o seguir impulsándola.

Ya que Diana Peraza Retana elaboró su tesis sobre el tema de Justicia Restaurativa pero enfocada en materia penal juvenil, valga señalar que, a diferencia del método usado en la población adulta, en donde se requiere que el sujeto investigado acepte los hechos que se le imputan para aspirar a la suspensión del proceso, en penal juvenil esto no es necesario.

Luego de este pequeño paréntesis y, retomando el tema del actor civil, para ejemplificar, si se habla de lesiones culposas y suponiendo que se acordó una suspensión del procedimiento en donde el ofendido acepta un arreglo por parte del imputado, ese ofendido puede aún exigir el pago de la acción civil en tanto la otra parte no haya cumplido con el acuerdo.

Como es de suponer, la suspensión del proceso a prueba sirve a un objetivo de resocialización de más comprobada efectividad que la privación de libertad. Es efectivo, no sólo para asegurar una no reincidencia delictiva, sino además para lograr que quien cometió la infracción pueda realmente “pagar” de alguna manera la afectación ocasionada, pero sin comprometer sus propios derechos fundamentales.

Esta solución es mucho más acorde a los principios constitucionales del derecho que el descuento de años en prisión. Técnicamente, al suspender el proceso penal y reconocer un plan reparador que el imputado estará en la obligación de ejecutar, se coloca a este en una posición donde ninguna de sus garantías es violentada lo cual contribuye a restarle al sistema judicial caracteres inquisitivos, amenazantes o incluso vengativos.

Esto sin mencionar por otra parte, las notorias ventajas de no abusar de los recursos que el sistema penitenciario ofrece, recursos que gastan un porcentaje considerable de la economía estatal. Por tales razones, es recomendable que la herramienta sea utilizada siempre que sea posible y concurran los elementos necesarios que le den pie:

Puede decirse que Argentina es uno de los países donde el tema de la suspensión del proceso a prueba ha mostrado uno de los desarrollos más abundantes y completos en años recientes. Es por eso que deviene en enriquecedor, hacer mención de lo que los estudiosos del Derecho en ese territorio han manifestado:

El objetivo de esta medida no es solo evitar el encarcelamiento para sustituirlo por otra forma de castigo, sino fundamentalmente facilitar su

rehabilitación, ofreciéndole un régimen de asistencia y guía. No se evitan solamente los perjuicios que causa la prisión, sino que incluso se aspira a contribuir de manera positiva al restablecimiento o reincorporación del delincuente a la sociedad. La suspensión del juicio a prueba consiste en la suspensión del proceso penal, sometiendo al imputado a un régimen de vigilancia y supervisión. En el debate parlamentario de la sanción de esta ley, se advierte cuáles han sido las verdaderas finalidades tenidas en cuenta por el legislador para la sanción de la ley. (Brower, 2013, pp. 50-51).

Adicionalmente al acercamiento jurisprudencial que ofrece la autora en su trabajo “Los efectos de la suspensión del juicio a prueba en relación con las penas privativas de libertad” desarrolla también un sintetizado recuento histórico que vale la pena rescatar:

Etimológicamente “probation” deriva del latín probatus que significa vinculado al procedimiento por el cual una persona condenada por el tribunal es dejada en libertad sin necesidad de cumplir la condena de prisión y sujeta a las condiciones que le impone la Corte. Su origen histórico debe retrotraerse hasta el año 1841, donde un zapatero de Lexington, Massachusetts, llamado John August, tomo a su cargo un condenado por ebriedad, ayudando al sujeto y su familia durante un lapso determinado e informando el resultado a la Corte, la que se pronunciaba sobre la aplicación de la pena. (Brower, 2013, p. 52).

Del Derecho Anglosajón, emanan los conceptos de “probation” y “diversion” los cuales vale la pena ampliar puesto que representan dos grandes caminos a seguir en el tratamiento de la actividad delictiva. Como bien menciona Brower de Koning, el primero se refiere a una situación en donde siendo que es preferible evitar la reclusión en prisión, se da la oportunidad al condenado de acatar algunas condiciones especiales que le permitan continuar gozando de su libertad.

Por otro lado, la “diversion” ofrece un planteamiento algo más pasivo, relegando la evitación del sistema penitenciario al efecto de la inactividad del proceso más que confiriéndole al imputado, tareas que deban de ser realizadas.

La metodología de la suspensión del juicio a prueba en nuestro sistema penal se asemeja más a la denominada diversión, es decir no ya a una manera de cumplir la pena impuesta sino más bien la evitación de la imposición de la pena paralizando el proceso por un determinado período de prueba, transcurrido el cual la acción penal se extingue. Esto no es extraño en un sistema common law, donde el principio de oportunidad de la acción penal es imperante más si constituye novedad en los regímenes procesales movidos por el principio de legalidad. (Brower, 2013, p. 53).

Lo anterior obedece en gran parte a la concepción que se tiene del castigo de la privación de libertad en países latinoamericanos (recuérdese que la autora es argentina). El Derecho Penal acude a esta posibilidad únicamente cuando ya no quedan otras opciones a desarrollar, es decir, si es absolutamente necesario. Por ello tiene sentido que un sistema de “diversión” se aplique mayoritariamente que uno de “probation”. En Estados Unidos la “diversión” surge con dos fines primordiales; impulsar la resocialización verdadera de los ofensores, y reducir la carga laboral que recae sobre los órganos del Estado.

En el inicio del proceso, es la diversión, nombrada en los párrafos anteriores, que es la desestimación de los cargos que detenta el Ministerio Fiscal en contra de una persona, con la condición que está de su consentimiento para someterse durante un período determinado a un programa de recuperación o rehabilitación en el que deberá cumplir diversas obligaciones. Si el resultado es positivo, se renuncia a la potestad persecutoria; por el contrario, si es negativo, se insta el proceso penal en contra de la persona. (Brower, 2013, pp. 53 – 54).

La “diversión” procede en las etapas tempranas del proceso. Si no se toma en consideración específicamente en esos momentos determinados, ya no será viable proponerla porque las condiciones no serán favorables (por ejemplo, cuando ya se ha llegado a la etapa de juicio). *“Con el término diversión se designa genéricamente a la práctica de seleccionar casos de carácter penal ya ingresados al sistema judicial y de darles una respuesta pretendidamente no punitiva.”* (Brower, 2013, p. 53).

La otra, que es la probation, a diferencia de la anterior no se aplica en un primer momento, antes que los cargos sean elevados, sino que se utiliza en un estadio procesal más avanzado, se requiere la declaración de culpabilidad del imputado. (Brower, 2013, p. 54).

La “probation” en cambio como se ve en el párrafo anterior transcrito, se emplea en un momento procesal diametralmente opuesto a la “diversión”. Por ello, más que dos figuras que se anulan mutuamente por choque, son en realidad, dos herramientas que están a la disponibilidad de los abogados para que las apliquen según el caso particular y de lo que consideren más beneficioso para la resolución de este.

A pesar de lo anterior, también se puede afirmar que la elección de uno de estos dos enfoques, suele responder más al condicionamiento sociocultural y al desarrollo del Derecho en un territorio particular, más que en las consideraciones de conveniencia por parte de las autoridades jurisdiccionales.

Regresando a Costa Rica, sobre el artículo 25 del Código Procesal Penal, se han interpuesto acciones de inconstitucionalidad. Una de ellas es la que se resolvió mediante voto de las 14:43 horas del 30 de octubre de 2002 de la Sala Constitucional (2002-10354) y declarándose finalmente sin lugar. Lo que el recurrente alegó en aquella ocasión, es que (viéndose involucrado en una causa por defraudación fiscal contra el Estado), el artículo supra citado es claro al indicar que el otorgamiento de audiencia a la víctima, (si está es de domicilio conocido) respecto al plan reparador es necesaria.

En el supuesto de que el domicilio se desconozca, el juez está facultado para resolver la solicitud en su lugar. El recurrente entonces, considera que la frase “a satisfacción de la víctima de domicilio conocido” es contraria a la constitución. Lo que se había pactado originalmente, era una suspensión del procedimiento a prueba consistente en que el imputado pagaría al Estado, la totalidad de los impuestos e intereses reclamados en un plazo de cinco años. Sin embargo, al momento de promover la acción, tal solicitud no se había siquiera conocido aún, mucho menos resuelto.

Por otro lado, ataca el párrafo tercero de dicho artículo (“*Para otorgar el beneficio son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la*

*víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba*”) precisamente por la última línea. El recurrente maneja la tesis de que al funcionar la suspensión del procedimiento a prueba como un mecanismo distinto a la conciliación (por ende, la suspensión no es una conciliación estrictamente, sino una figura completamente diferente), no tiene sentido que el juez decida no intervenir en las decisiones que tome la víctima.

En este caso (suspensión), la ley le faculta para pronunciarse y emitir una orden de acatamiento a las partes, incluso si alguna de estas se muestra inconforme. Si se hablará de un acuerdo conciliatorio típico, si se toma en consideración lo que las partes quieran manifestar. Por ende, la persona que interpuso esta acción alega que, en el caso judicial que se tramitaba en su contra, el juzgador aplicó los elementos de una figura penal (conciliación) para invocar otra que no se guía precisamente con ellos (la suspensión del proceso). Visto de otro modo, se restó autoridad al juez regular y se dotó de un protagonismo improcedente al ofendido, por lo que la continuación de proceso se vio de cierta manera “torcida”.

Por último, el recurrente indica que estas observaciones al artículo 25, se extraen de una versión del Código Procesal Penal reformado. Esto quiere decir que, al momento de iniciarse el proceso, las frases cuestionadas no existían y como consecuencia, en atención al principio de no retroactividad de la ley, su aplicación no es permitida. Con todo lo expuesto, se estaría violentando el debido proceso y varios de sus sub principios.

La Sala Constitucional resolvió con base en las siguientes apreciaciones: Uno, la acción se rechazó por no ser de interés para la Sala (su naturaleza en realidad, responde más a la vía penal que a la constitucional porque se toca un asunto de retraso en el despacho judicial que en principio, no está violentando ningún derecho fundamental y luego, el acoger la solicitud no es obligatorio para el juzgador, siendo posible que se rechace.

Dos, aunque se traiga a colación el detalle de que la parte ofendida deba estar conforme con el arreglo propuesto, lo cierto es que, al momento de interponerse esta acción de inconstitucionalidad, la Procuraduría General de la República en representación del Estado, aún no se había pronunciado sobre el mismo.

En cuanto a los reparos formulados estima este Tribunal conveniente señalar que el párrafo tercero cuestionado expresa las condiciones necesarias para otorgar el beneficio de la suspensión del proceso a prueba entre las que están: *"(...) que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba"*. De lo expuesto por el accionante en relación con el asunto base de la acción, aun no se conoce la posición de la Procuraduría General de la República en relación con la solicitud de la suspensión del proceso a prueba formulada por el recurrente, situación que hace que la acción deba rechazarse de plano. (Sentencia N° 10354 de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de octubre de 2002).

Sobre lo anterior, se rescata y profundiza en lo que establecen los párrafos subsecuentes de ese mismo artículo. Literalmente: *"(...) En audiencia oral, el tribunal oirá sobre la solicitud al fiscal, a la víctima de domicilio conocido así como al imputado y resolverá de inmediato, salvo que difiera esta discusión para la audiencia preliminar."* y *"La resolución fijará las condiciones conforme a las cuales se suspende el procedimiento o se rechaza la solicitud, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, según criterios de razonabilidad."* Esto demuestra que el juez tiene autoridad para aceptar, rechazar o modificar la gestión formulada de suspensión del procedimiento, y no lleva razón el recurrente al afirmar que el destino de la medida alterna de la suspensión estaba dependiendo irregularmente de lo decidido por la parte ofendida.

Por último en relación con los reparos formulados por haberse aplicado la norma impugnada de forma retroactiva, pues la causa en su contra se inició con anterioridad a la reforma sufrida por el artículo 25 cuestionado; este Tribunal aclara que la norma impugnada nada regula en cuanto a su aplicación en el tiempo; lo que hace que tal situación no es susceptible de conocerse en esta vía de acción. Con fundamento en todo lo dicho, por carecer de legitimación el accionante, la acción resulta improcedente, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 9 de la Ley que rige esta Jurisdicción, procede rechazarla de plano.

(Sentencia N° 10354 de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de octubre de 2002).

Interesante notar como el artículo 373 también del Código Procesal Penal, se relaciona con esta temática. Lo que específicamente toca el numeral, es el procedimiento abreviado y sus condiciones de procedencia. Entre ellas, se encuentra la necesidad de aceptación de los hechos por el indiciado y su anuencia a someterse a esta modalidad (inciso a). Igualmente, el Ministerio Público, el actor civil y/o el querellante (según sea el caso) tienen que expresar su conformidad (inciso b) por lo que, los puntos discutidos en la resolución 10354-2002 de la Sala Constitucional serán igualmente relevantes para este procedimiento especial.

### **CONCILIACIÓN**

Se regula detalladamente en el artículo 36 del Código Procesal Penal. Primeramente, se estipula que procede:

En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada, los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre la víctima y el imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. También procederá en los asuntos por delitos sancionados, exclusivamente, con penas no privativas de libertad, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por esta ley.

Vale destacar que es una causal de extinción de la acción penal tal y como lo reconoce el Código Procesal Penal, artículo 30: “(...) K) *La conciliación, siempre que durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado con esta medida, con la suspensión del proceso a prueba ni con la reparación integral del daño.*”. Claro está, la extinción es oficial hasta que el imputado cumpla con las condiciones que se le impongan y para ello, se le conferirá un plazo de máximo un año susceptible de prorrogarse hasta por seis meses adicionales.

La conciliación juega un papel particularmente relevante en materia de contravenciones. La totalidad de las mismas que se encuentran reconocidas en el Código Penal son de naturaleza conciliable. Por esa característica, se comprueba que, en penal

contravencional, la búsqueda de la paz está más arraigada que en materia penal común (claro que el daño ocasionado a los bienes jurídicos tutelados es también considerablemente menor). La audiencia que se señale entonces, arrastrará desde un principio la idea de formalizar un arreglo y no de establecer un castigo.

Para simplificar el ámbito de aplicación de esta figura, se puede resumir en una procedencia analógica con los casos en los que cabe una suspensión condicional de la pena. Jurisprudencialmente, se ampliado a este respecto:

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 796-98 dijo que no basta que el delito sea de acción pública a instancia privada, sino se requiere que sea procedente la suspensión condicional de la pena. Indicó que “... *el único delito de acción pública a instancia privada del Código Penal donde no procede la conciliación sería el de violación, con uso de violencia corporal o intimidación, cuando la persona ofendida sea mayor de 15 años y no se halle privada de razón o este incapacitada para resistir (...) porque al estar sancionado con prisión de 10 a 16 años no admite la ejecución condicional de la pena.* (Llobet, 2006, p. 153).

Como aclaración, este punto alude al delito de violación contra persona menor de edad involucrada, pero esto fue antes de la entrada en vigencia de la Ley de Relaciones Impropias la cual data del año 2016. Recuérdese que antes de dicha ley, existía una diferenciación en los rangos de minoría de edad, y se reconocían los 15 años como la edad oficial de consentimiento sexual. Tal detalle influye evidentemente a partir de ahora, en el caso descrito. Realmente no hace una gran diferencia, pero cambia el acercamiento con el que se habla de este tipo de asuntos. Resulta obvio que actualmente la conciliación en tales supuestos será menos posible de lo que lo fue en el pasado, aunque, en todo caso, este tema siempre ha sido delicado porque por la desigualdad de condiciones, jurisprudencialmente se ha establecido que las personas menores de edad no están en posición de conciliar con adultos.

La conciliación se supone, debe cumplir estrictamente con requerimientos especiales para proponerse y acatarse debidamente. Aún así, existen discusiones doctrinales

y jurisprudenciales referentes a ella. Javier Llobet Rodríguez en su Código Procesal Comentado (Tercera edición) agrega:

La Sala Constitucional ha establecido que la valoración debe hacerse no en abstracto, sino en concreto, de acuerdo con una estimación ex ante que tome en cuenta las circunstancias del caso concreto, dentro de las cuales se encuentra su gravedad. Ha indicado por ello que si bien incluso en delitos tentados de gravedad, como el homicidio, es posible en abstracto la conciliación, debe considerarse si en el caso concreto sería posible, lo que supone en definitiva una consideración ex ante de la posible pena a imponer, de modo que la misma no fuera superior a los tres años de prisión. (Llobet, 2006, pp. 153 - 154).

A pesar de lo anterior, la apreciación de la Sala no es rígida y de hecho, es posible encontrar también dentro de la jurisprudencia pero en otras resoluciones aparte, criterios discordantes con el tema de los tres años. En ellos se aprecia una mayor flexibilidad para reconocer la viabilidad y aceptación de una hipotética conciliación.

Sin embargo, la Sala Constitucional ha admitido que puede disponerse la conciliación aun en asuntos cuyo tipo penal aplicable tenga contemplada una pena mayor de tres años, ello cuando se está ante una tentativa, permitiéndose incluso en los supuestos de tentativa de homicidio, aunque debiendo analizarse en concreto si podría ser procedente la condena de ejecución condicional (Voto 8739-2000). (Llobet, 2006, p. 154).

## **REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO**

La reparación integral del daño ha sido definida doctrinalmente por María Elena Gómez Cotés y Guillermo Sojo Picado (2003) como: “(...) *la noción encaminada a enmendar o componer los efectos nocivos de un hecho, satisfaciendo de ese modo la ofensa causada a otro.*”.

Como se puede entonces intuir por su título, la reparación integral del daño consiste en enmendar el menoscabo en su totalidad. No se trata de ofrecer alguna compensación original y distinta a lo que el bien perjudicado representa, sino en restituir este para que recupere la esencia que poseía

exactamente antes de la afectación. Por reparación del daño se entiende no solo la restitución al estado anterior, sino también la indemnización subsidiaria de los daños y perjuicios, comprendiendo tanto los daños materiales como los morales. El concepto de “integral” hace referencia a “total”, ello a diferencia de la reparación simbólica que se autoriza expresamente en la suspensión del proceso a prueba (Llobet, 2006, p. 138).

La característica primordial de este instituto es la reposición completa de un bien (comúnmente patrimonial). Si la restitución es parcial, no se estaría ya hablando entonces de reparación integral del daño propiamente, sino de alguna otra figura.

Para cumplir con dicho propósito tradicionalmente se ha acudido a dos mecanismos que se consideran ajustados a él como son volver las cosas al estado en el cual se encontraban antes del hecho, que se conoce como reparación “in natura” y reparación por equivalencia, consistente en satisfacer la ofensa entregando a cambio del daño cosas o valores equivalentes (Gómez, Sojo, 2003).

El momento procesal oportuno para acordar una reparación de esta índole será en los actos preliminares del debate oral y público, es decir, antes de que este de inicio oficialmente. Si la propuesta es acogida favorablemente por la contraparte, no habrá de celebrarse el juicio y la causa será posteriormente archivada. Este supuesto lo establece el Código Procesal Penal en el artículo 30 al hablar de la procedencia de la extinción de la acción penal:

(...) j) La reparación integral a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin fuerza en las cosas ni violencia sobre las personas y en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso. Esta causal procede siempre que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado con esta medida ni con la suspensión del proceso a prueba o la conciliación. Para tales efectos, El Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios.

Aunque la mayoría de autores se inclinan por considerar a esta herramienta procesal como de notoria utilidad y beneficio, no ha estado tampoco exenta de críticas. Se ha argumentado que la simpleza de su premisa y funcionalidad puede dar lugar a desinhibir a las personas para cometer ilícitos por cuanto resta autoridad al ente estatal, y disminuye el elemento preventivo que emanan las leyes. Al no sentir una amenaza real y pensar que un daño puede sencillamente pagarse y así, dar por concluida la persecución penal, algunos individuos con tendencias anti sociales llegarían a sentirse con la seguridad suficiente para llevar a cabo actos criminales.

## **OBSTÁCULOS EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNAS**

Doctrinalmente, se han reconocido algunos aspectos que dificultarían que las medidas alternas puedan aprovecharse en su totalidad. Castrillo (2008) las desarrolla en la recopilación “Colecciones Derecho y Justicia Derecho Procesal Penal”. Sobre todo, enfatizando en la conciliación por sobre la suspensión del procedimiento y la reparación integral del daño, aunque aludiendo también a estas últimas en menor proporción. El autor desarrolla nueve obstáculos que deben superarse:

- a) Posicionamiento de las partes en expectativas irreales, o bien, fuera de una posibilidad razonable ajustada al caso concreto: Se dice que los efectos negativos producto del delito que subsistirán en la psique del afectado, pueden llegar a desembocar en traumas diversos. Con tal de enmendar esa situación o al menos, intentar hacerla más llevadera, el individuo ofendido pedirá, por medio de su representante legal, una compensación usualmente económica. Como los daños morales y psicológicos no cuentan con un mecanismo de cálculo preciso, la estimación recaerá sobre lo que estas personas consideren apropiado y la cantidad a cobrar puede terminar siendo muy elevada. Tal pretensión evidentemente, podría no ser bien recibida por el imputado y no contribuir precisamente a crear un ambiente armónico para desarrollar una conciliación.

Esto nos revela un grave problema de conocimiento de la situación socio-económica y cultural de cada uno(a) de los(as) involucrados(as) en el conflicto social, que hasta en estos momentos -en plena audiencia

preliminar o de conciliación-se ven las caras nuevamente, luego del evento o suceso criminal. (Castrillo, 2008, p. 151).

- b) Intervención de terceros(as) y asesores(as) legales: Resulta totalmente natural que las partes al acordar someterse a una conciliación (o mejor dicho, antes de ello), pidan opiniones a otras personas para dar validación a lo que decidirán finalmente. Esos terceros poder ser parientes o asesores jurídicos. Esto es totalmente legal, pero por desgracia, siempre se encuentra presente la posibilidad de que tales sujetos no provean consejos favorables ya sea de manera intencional o no intencional, y que, como consecuencia, la resolución del caso sea una que no beneficia realmente a las partes como debería.
- c) Nivel sociocultural de los(as) involucrados(as) en el delito: Dependiendo del nivel económico, los valores fruto del grupo social en que crecieron los individuos e inclusive, de la zona geográfica de donde provienen y las costumbres que ahí tengan su asidero, la percepción del delito y el subsecuente daño derivado de este llega a tener concepciones diversas y hasta opuestas. Cosa que influye en un posterior mal entendimiento entre las partes que obstaculiza la conciliación.

Desde el punto de vista de la víctima, la forma en que esta asume la pérdida patrimonial, física o moral que produce el hecho punible podría tener diferentes aristas y respuestas ante una eventual propuesta reparadora, incluso con componentes filosóficos y humanitarios de dar una oportunidad a quien ha obrado mal y se encuentra ante la disyuntiva de enfrentar las consecuencias de sus actos (...) Desde el punto de vista del(a) imputado(a), esta tesitura se torna en válida, pues la disposición del(a) imputado será mayor o menor cuanto más haya sido su margen de oportunidades, de conocimientos adquiridos y posición sociocultural. (Castrillo, 2008, p. 153).

Para ilustrar lo anterior, Castrillo utiliza el ejemplo de un empresario recorriendo la ciudad y quien se ve sorpresivamente despojado de sus pertenencias (en este caso, un costoso reloj) por un habitante de la calle adicto a las drogas. Eventualmente al

desarrollarse la audiencia respectiva, este empresario, al no dar un valor tan elevado al objeto sustraído en cuestión (ya que, por su posición, no le resulta complicado adquirir un reemplazo) y en concordancia con su educación, es posible que este más abierto a proponer alguna especie de arreglo que posea énfasis en la resocialización del ofensor y la modificación de su conducta antes que uno en el que se exija la prestación de un pago.

Claro que un escenario distinto, la reacción del individuo afectado sería completamente opuesta. Si ese transeúnte a quien despojaron de sus pertenencias resulta ser un trabajador humilde, el cual debió realizar grandes esfuerzos para adquirir el bien (en este caso, un reloj), es comprensible y esperable que su estado de ánimo al llegar a un proceso judicial sea de molestia, enojo y no manifieste disposición a que al perpetrador se le confieran oportunidades menos duras que la prisión o la retribución monetaria.

- d) Disponibilidad, tiempo y dedicación del(a) juez(a) penal: Se ha llegado a considerar que el exceso de trabajo en los despachos judiciales es un elemento que entorpece la concurrencia de conciliaciones. El Poder Judicial conoce cientos de expedientes al año y siendo que se debe mantener cierto ritmo laboral para que el movimiento de la institución no se “estaque”, los juzgadores se ven presionados a dar por terminadas las contiendas lo antes posible y, utilizando la menor cantidad de recursos. Aunque en principio se pueda argumentar que la conciliación es de hecho, una opción válida que permite concluir con el proceso anticipadamente y por ello, le resulta beneficioso a los jueces para lidiar con la carga de trabajo, también es cierto que si los jueces no tienen mucho tiempo a su disposición y se encuentran preocupados por las muchas otras causas que deben conocer, no serán capaces de propiciar un ambiente idóneo para que las partes sientan comodidad de expresar sus percepciones, y lleguen a un acuerdo pacífico.

En ese sentido, la razón es muy sencilla, el tiempo puede ser el mayor enemigo de quien, en suma, homologa o bien autoriza la aplicación de una medida alterna; lo cual es lógico dado que lo que se pretende es que las partes traigan y propongan una solución en el acto, donde el/la juez(a) es casi un(a) simple espectador(a) y evaluador(a) de la posibilidad o no de la

propuesta o medida. Lo que se deja de lado es que, en muchas de las ocasiones, hasta ese momento es que las partes, luego del incidente, entran nuevamente en contacto (...) De ahí debe surgir la figura de un(a) juez(a), dedicado(a) y a quien, pese a lo estrecho del tiempo, pueda apreciar las sutilezas de las propuestas y reacción de las partes ante estas (...). (Castrillo, 2008, pp. 153-154).

e) Políticas de persecución criminal instauradas por el ministerio fiscal:

Hemos indicado líneas arriba que la conciliación y proposición de medidas alternativas al conflicto pertenece a las partes, empero, existen delitos cuyo bien jurídico tutelado resulta, por ejemplo: la autoridad pública, la fe pública, algunos de ellos de corte pluriofensivo, que no solo lesionan intereses propios del(a) ofendido(a), sino de la comunidad; en cuyo caso el Ministerio Fiscal representa a los intereses de esta parte de la sociedad ofendida. (Castrillo, 2008, p. 154).

A mayor número de ofendidos, mayor será la dificultad para proponer algún tipo de medida alterna. Además, el afectado no siempre es un individuo determinable, sino que puede igualmente y dependiendo del delito, constituirse en nociones complejas como la seguridad común por poner un ejemplo. En tales casos, la fiscalía asume la representación de ese concepto algo ambiguo y hablará en su nombre.

El verdadero reto surge cuando en sumarias de gran complejidad, converge la existencia de ofendidos de ambas clases. Los afectados “humanos” quizás estén en disposición de proponer y/o aceptar un acuerdo conciliatorio pero el representante del afectado “abstracto” de repente no quiere dar el visto bueno a esa alternativa. Se da entonces la existencia de un choque de intereses, y se bloquea la procedencia de la medida en cuestión.

f) Temor en la víctima a consecuencia del hecho punible: La conciliación no opera en el cien por ciento de los casos como una materialización de buena voluntad y visión esperanzadora de las partes. En muchas ocasiones, se le ve como una simple salida rápida y fácil al conflicto. Una salida que adicionalmente, elimine

posibles represalias futuras. En ese sentido, no es nada infrecuente que los afectados por un ilícito terminen por aceptar condiciones conciliatorias que quizás no les convencen o llenan del todo sus expectativas con tal de cerrar el caso y seguir adelante con sus vidas. Por otro lado, es igualmente común que se acepte la medida porque los ofendidos sienten temor por el o los imputados y su presencia les intimida. Otro supuesto es; suponiendo que las medidas alternas no prosperen, el proceso continúe su curso y finalmente, se absuelva al investigado, los afectados tendrán motivos para creer que este último tomará venganza contra ellos. La conciliación es entonces, una manera de evitar con anticipación ese escenario incierto y angustiante.

g) Falta de un ambiente propicio para aplicar medidas alternas:

Un ambiente hostil, donde predomine o prive el excesivo formalismo impregnado de rigidez, no puede ni podrá nunca dar la confianza a las partes para exponer lo que piensan o lo que sienten, siempre y cuando ello sea dentro de los límites tolerables y de respeto común. Más que un espacio físico adecuado, el/la juez(a) debe procurar que las partes sientan que su diálogo no debe ni tiene porqué ser una competencia, donde solo puede existir un(a) ganador(a) o un(a) perdedor(a), o donde en público deben admitir su equivocación o responsabilidad. (Castrillo, 2008, p. 155).

h) Intervención de apoderados(as): Estrechamente relacionado con el punto b, la intervención de apoderados (representantes legales) puede ser perjudicial porque no son estos quienes vivieron la situación criminal propiamente, y no conocen todos los detalles de la misma por más que sus defendidos les faciliten una narración estructurada y coherente. Si estos profesionales acaparan un mayor protagonismo en el tema de la conciliación que los protagonistas originales del conflicto, la constitución de los hechos originales y los intereses pretendidos pueden llegar a verse fuertemente distorsionados.

i) Incumplimiento:

Más que un obstáculo, el incumplimiento de una medida alterna pareciese una consecuencia de los acuerdos a que han llegado ambas partes

(...) Pero desde nuestra óptica, el incumplimiento en el proceso de aplicación de medidas alternas crea un muro a posteriori por la falta de credibilidad que se reflejaría en el resto de las partes. De esta manera, aunque por ejemplo el/la imputado(a) hubiese con éxito planteado una conciliación, ante su incumplimiento y en otras etapas del proceso que le permitan plantear nuevas medidas, sus posibilidades se irían cerrando hasta ser nulas, habida cuenta de la desconfianza con que serían vistas sus nuevas propuestas por el resto de los intervinientes. (Castrillo, 2008, p. 156).

## **MECANISMOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

En Derecho Penal de forma general, se da la presencia de una cantidad de métodos alternativos de resolución de conflictos que revisten una importancia elemental para comprender a lo que la Justicia Restaurativa aspira (como se verá más adelante). Algunos de ellos son:

### **MEDIACIÓN**

Si se hace referencia a institutos de Derecho Penal que comparten características con Justicia Restaurativa o que incluso le sirven como base para sus propios preceptos, no se puede pasar por alto el mecanismo de mediación. El primer elemento que tienen en común evidentemente, es su naturaleza no punitiva. Se busca un arreglo, no una pena o un castigo.

La mediación en términos simples, es una negociación entre las partes, pero con el agregado de contar con un tercero imparcial y objetivo que se encargará de dirigir lo discutido hacia un acuerdo exitoso. Aunque desgraciadamente, la mediación no es una herramienta a la que se pueda acudir universalmente por cuanto la gravedad de algunos delitos no permite considerar la opción de una resolución alternativa, es recomendable hacer uso exhaustivo de ella cada vez que se tenga la oportunidad y se cuenten con los requisitos. Ello en pos de la aplicación de un Derecho Penal mínimo.

Uno de los principios fundamentales del derecho penal es el de intervención mínima, el cual establece que no debe utilizarse este derecho cuando exista la posibilidad de utilizar otros instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico violado. El convencimiento de que

la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio (es decir tras el fracaso de otros modos de protección), obliga a reducir al máximo el recurso al derecho penal, debiendo ser considerado como la última ratio. (Domingo de la Fuente, 2008, p. 21)

Bajo esa consideración, se debería de procurar siempre que sea posible, acudir a la mediación antes que gastar recursos en un proceso judicial del que, con gran probabilidad, ni la persona ofensora ni el o los ofendidos sacaran ningún tipo de provecho para sus vidas.

La mediación se rige y se alimenta de los mismo principios y posee los mismos beneficios de la Justicia Restaurativa, pues es una forma de poner en práctica esta Justicia, además, con esta se reducen los costos tanto económicos como emocionales porque se controla el resultado y se mejora la comunicación, consolida la comprensión y confianza, resguarda la relación y es base de negociaciones futuras. (Domingo de la Fuente, 2008, p. 15).

De igual manera, nótese que, al mediar, no necesariamente se debe dar la presencia de una persona que se constituye en ofendida ya que la naturaleza de ciertos ilícitos no delimita a un individuo determinado como afectado directo. Véase por ejemplo el caso de la conducción temeraria en donde es la seguridad común lo que se perturba. Tal circunstancia no exime, sin embargo, de la posibilidad de constituir un arreglo. Por lo general, la prestación de trabajo comunitario o pago de donaciones es suficiente para enmendar el daño cometido.

En otros casos, se puede hablar de una “reparación simbólica”.

Según reiterada jurisprudencia, debe ser considerada como reparación a todos los efectos y como una atenuante así STS 6 octubre de 1998 dice que "cuando el actor realiza un *actus contrarius* de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de las mismas, en tales casos se dará una reparación simbólica que por regla general debe admitirse en toda clase de delitos". (Domingo de la Fuente, 2008, p. 15).

## **NEGOCIACIÓN**

A diferencia de la mediación, las partes no contarán con el apoyo de una tercera persona que intervenga y haga un esfuerzo por dirigir el flujo de la conversación. Aunque puede ser un método útil en el sentido de que la posible solución a la que se llegue sea más apegada a los deseos originales de las partes y más acorde a sus intereses, puede también suceder que la falta de guía desemboque en una imposibilidad por sellar un arreglo definitivo.

## **CONCILIACIÓN**

La conciliación es más formalista ya que sus lineamientos se encuentran contenidos en la legislación y el resultado final debe ser reconocido por un juez. Es por ende, un elemento que deriva del escenario de suspensión de procedimiento y busca evitar la reanudación de la acción penal.

## **ARBITRAJE**

Al igual que en la mediación, en un arbitraje entra un tercero a dirigir la negociación entre partes. Se caracteriza, sin embargo, por ser formal al igual que la conciliación y por permitir la incorporación y análisis de pruebas tal y como en un juicio ordinario. Lo finalmente acordado se oficializa por medio de un laudo.

La mediación considera las causas reales del conflicto y las consecuencias del mismo, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de la víctima y del infractor. Se intenta evitar, siempre que sea posible, una pena de cárcel estigmatizante que ni satisface la necesidad de la víctima de sentirse escuchada, acompañada y reparada ni del infractor de recuperar el papel social del que es despojado cuando entra en prisión, ni la de la sociedad que puede recuperar para sí a ambos y pacificar la convivencia, cumpliendo con múltiples mandatos constitucionales de lograr la paz social. (Domingo de la Fuente, 2008, p. 3).

## **SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

Ya que se ha desarrollado un poco la temática de los principios del Derecho Penal y Procesal Penal, entre ellos, la legalidad, presunción de inocencia y además, se ha explicado brevemente que implica el reconocimiento del daño, se va a proceder a continuación a

comentar el segundo eje principal sobre el cual gira la premisa de este trabajo. La Justicia Restaurativa.

Se puede tomar como referencia para arrancar, la compilación “Justicia Restaurativa en Costa Rica: Acercamientos teóricos y prácticos” por Fabiola Bernal Acevedo y Sara Castillo Vargas. Compilación que surge del primer Congreso de Justicia Restaurativa llevado a cabo en Costa Rica en Junio de 2006, y de la cual se extraen las bases que asientan la figura. Las autoras reconocen, primeramente, tres principios fundamentales que funcionan como sostén:

- Hay un objetivo general que se traduce en conseguir el éxito del encuentro restaurativo. Se busca en todo momento que de las reuniones realmente se extraiga un beneficio tanto para el ofensor como para la comunidad.
- Se debe procurar siempre la activa participación de los presentes, sobretodo de los involucrados directos del conflicto.
- La poca injerencia del gobierno. El conflicto se debe solucionar entre las partes y por ello, se busca crear las condiciones que propicien un ambiente de paz y acuerdos como resultado.

Como se puede ver, apegarse a un programa de Justicia Restaurativa no implica simplemente darle la oportunidad al imputado de realizar una acción que tenga como finalidad evitar su eventual pena privativa de libertad que es mucho más gravosa. En realidad, la idea detrás de este proceder es que ambas partes tengan oportunidad de verse beneficiadas. Por ello es que resulta tan importante el mutuo acuerdo. Además, una vez que el mismo se materialice, el Estado pierde fuerza como ente impulsor y si bien, siempre se mantendrá omnipresente, cederá un poco el desarrollo del proceso a los involucrados, pasando así a un segundo plano.

## **PRINCIPIOS**

Los principios serán siempre los cimientos sobre los cuales se construirá la teoría que hará funcionar cualquier instituto jurídico (vale acotar aquí que los principios derivados del concepto Justicia Restaurativa, son distintos a los tres principios que le dan base y sostén y que ya se vieron anteriormente).

Lo que se puede extraer de la idea de la “pirámide” (por basarse la Justicia Restaurativa en tres ejes) es que las relaciones entre personas revisten un carácter recíproco. Como consecuencia de una especie de ley de “causa y efecto”, quien daña a otro, le transmite sus problemas y se verá obligado entonces a borrar en la medida de lo posible, esa perturbación. Al respecto ha comentado Howard Zehr en “El pequeño libro de la Justicia Restaurativa”:

Detrás de esta concepción del delito, subyace una premisa básica acerca de la naturaleza de la sociedad: todos estamos entrelazados. En las escrituras hebreas, este concepto se expresa en la palabra *shalom*, la visión de vivir en “total rectitud” con nuestro prójimo, con Dios y con la naturaleza. Muchas palabras tienen una palabra especial para expresar esta idea de la centralidad de las relaciones: entre los maoríes es *whakapapa*; para los navajos, *hozho*; y para muchos africanos, es la palabra *bantú ubuntu*. (Zehr, 2010, pp. 25-26).

Zehr (2010) usa el término “lente restaurativo” para referirse a la visión del delito con la que trabaja este tipo de justicia. Tal “lente” funciona bajo sus propios principios particulares independientes de aquellos que dan forma al concepto principal de Justicia Restaurativa. Se reconocen cinco que son:

- El objetivo a seguir debe centrarse en los daños causados y en las necesidades de las víctimas derivadas de estos. En segunda instancia, los intereses de la comunidad también se toman en cuenta.
- Una vez delimitados los sujetos sobre quienes recae la aplicación del programa, se atienden las obligaciones que el o los daños acarrearán para con ellos.
- Como tercer principio, se cuenta la necesidad de incorporar procesos que revistan un carácter incluyente con las partes y, asimismo, que se promueva la colaboración de estas para no permitir que asuman una actitud pasiva.
- En concordancia con el punto anterior, la integración de todas las personas que hayan manifestado algún tipo de interés legítimo en la situación es fundamental y serán los dirigentes de la reunión quienes la impulsen. Téngase presente que

los interesados pueden ser, aparte de los dos involucrados directos, miembros de la comunidad o de la sociedad en general.

- Finalmente, no se debe de perder de vista que lo que se procura en todo momento, es enmendar el mal ocasionado.

En realidad, sobre estos principios que conforman el “lente restaurativo” puede notarse como guardan bastantes similitudes entre sí y se mueven en una misma dirección. En otras palabras, son cinco elementos que conforman un único concepto, no elementos con cierta relación que lo perfeccionan. El autor para ilustrar esto, inclusive hace uso de una analogía de características cíclicas:

Podemos representar la justicia restaurativa como una rueda. El eje representa el núcleo central de la justicia restaurativa: enmendar las ofensas y los daños. Cada uno de los rayos representa uno de los otros cuatro elementos esenciales mencionados anteriormente: centrarse en los daños y necesidades, atender las obligaciones, involucrar a todas las partes interesadas (víctimas, ofensores y comunidades de cuidado) y, en la medida de lo posible, usar procesos incluyentes y de colaboración. (Zehr, 2010, p. 41).

Otro ejemplo que el autor desarrolla es el de la figura de una flor. Al igual que la rueda, el núcleo de la cuestión (enmendar el daño) se encuentra en la parte central, rodeado por los principios ya explicados (que en este caso se representarían por medio de pétalos). Lo importante aquí, es comprender que la solución pacífica de una controversia requiere de una serie de valores que le den sostén. Compromiso, responsabilidad, solidaridad, honestidad y sobre todo, respeto mutuo.

No obstante, a fin de cuentas hay un valor básico que es de suprema importancia: el respeto. Si tuviera que resumir la justicia restaurativa en una sola palabra, preferiría el respeto: el respeto por todos, incluso por aquellos que son distintos de nosotros o por aquellos que parecen ser nuestros enemigos. El respeto nos recuerda nuestra interdependencia pero también nuestras particularidades. El respeto nos insta a equilibrar nuestros propios intereses con los de todas las demás partes. (Zehr, 2010, p. 44).

Ahora, sobre los principios de la Justicia Restaurativa propiamente, lo mejor es acudir a la misma ley para conocerlos. Se reconocen los siguientes: Accesibilidad, alto apoyo y alto control, confidencialidad y privacidad, inserción social, justicia pronta y cumplida, no contencioso, respeto a los derechos y garantías procesales, reconocimiento y reparación del daño causado por el hecho delictivo, responsabilidad activa, supletoriedad, oralidad y voluntariedad. La ley 9582 profundiza un poco más en los preceptos de cada uno para evitar futuros malentendidos en la aplicación.

### **ACCESIBILIDAD**

*Los funcionarios y las funcionarias judiciales que integran los servicios de justicia restaurativa promoverán las estrategias necesarias considerando las condiciones personales, sociales, económicas y de diversidad cultural para asegurar el acceso de las partes a justicia restaurativa. (Ley 9582, artículo 4).*

Hay que tomar en cuenta que cada persona presenta circunstancias particulares, una historia personal de vida única y características de temperamento y personalidad que le distinguen del resto. Por tal motivo, resulta de significación considerar todos esos aspectos a la hora de determinar si el individuo es apto a apta para someterse al programa y también, para delimitar la dirección con la cual se enfocarán las reuniones propiamente. Además, vale destacar que gran parte del éxito de la reunión va a depender de la manera en que se trate con la persona.

Recuérdese que, aunque en teoría, las reuniones restaurativas son un espacio para que las partes puedan resolver sus conflictos cara a cara, siempre estará presente un mediador, guía que hará lo posible por llevar las negociaciones a un buen destino. Para esta persona es fundamental comprender entonces los pensamientos, creencias, intereses y aspiraciones de quienes, ante él o ella, se encuentran reunidos en pos de dar por terminada una contienda. Esto le ayudará a identificar con mayor precisión qué puntos fuertes explotar y qué puntos débiles minimizar.

### **ALTO APOYO Y CONTROL**

El procedimiento restaurativo se basa en un alto apoyo para las partes intervinientes, que implica el acompañamiento a la víctima con asesoría y acceso a la atención integral e información durante todas las etapas del

procedimiento restaurativo, y para la persona ofensora es un acompañamiento en el reconocimiento de la responsabilidad activa, para el cumplimiento del plan reparador conforme a sus condiciones personales, sociales y económicas. El alto control se entiende como el seguimiento, la modificación y la verificación de todas las obligaciones contraídas en el proceso restaurativo por la persona ofensora. (Ley 9582, artículo 4).

Aunque la premisa del procedimiento restaurativo sea hasta cierto punto, dejar en manos de las partes la decisión última, obviamente contarán en todo momento con el apoyo y la asesoría de profesionales debidamente calificados.

Resulta indispensable que antes de acudir a la reunión, las partes sean informadas sobre lo que está aconteciendo, el estado de la causa, las probabilidades de llegar a un arreglo y reciban recomendaciones sobre las decisiones más adecuadas a tomar. Igualmente, tienen derecho a que la asesoría este siempre disponible durante el desarrollo de la reunión por si tuviesen dudas y que la presencia de las personas encargadas del proceso también se haga notar luego de logrado el acuerdo para constatación del cumplimiento del plan reparador.

### **CONFIDENCIALIDAD Y PRIVACIDAD**

Las actuaciones que se realicen en los procedimientos de justicia restaurativa no serán públicas para terceros y las actuaciones solo podrán ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes, y bajo ninguna circunstancia podrán ser divulgadas. Quienes participen en cualquier diligencia, reunión o trámite, que accedan a información de las actuaciones restaurativas, tendrán la obligación de guardar secreto y no podrán ser utilizadas para otros fines procesales, si el caso es devuelto al procedimiento ordinario correspondiente. (Ley 9582, artículo 4).

A diferencia del proceso ordinario en donde la celebración de un debate es pública e inclusive, por sus condiciones de interés general pueda llegar fácilmente, a ser cubierta ampliamente por los medios de comunicación, la Justicia Restaurativa es de naturaleza estrictamente confidencial. Esto en razón de que un ambiente privado y tranquilo, libre de la posible intimidación que sobre las partes puedan ejercer las expectativas sociales,

propicia la celeridad en cuanto a la toma de acuerdos y permite que las personas estén en mejor ánimo y más dispuestas a negociar.

## **INSERCIÓN SOCIAL**

Todo procedimiento restaurativo tiene la finalidad de generar capacidades en la persona ofensora para restituir el daño causado y promover un proyecto de vida. Por tal razón, el plan reparador deberá orientarse a la reparación de los daños a la víctima y la comunidad, identificando la relación entre los hechos y las causas o los detonantes del delito, a fin de procurar la restauración de las partes y la integración social de la persona ofensora. (Ley 9582, artículo 4).

Nuevamente, si se hace la comparación con respecto a la vía ordinaria, puede encontrarse una diferencia en lo referente al tratamiento del escenario delictivo. Si bien, se ha discutido durante décadas si la pena de prisión es realmente un método resocializador del condenado, lo cierto es que la mayoría de personas, juristas o no, suelen coincidir en la opinión de que no lo es y que más bien, el sistema penitenciario funge como un sitio donde al estar la persona en contacto con otros privados de libertad, quienes perpetraron todo tipo de ilícitos, su conocimiento de dicho mundo se amplía y las posibilidades de una resocialización devienen más bien en improbables.

Si una causa fue remitida a Justicia Restaurativa es porque se tiene la intención expresa de que el ofensor pueda reconocer sus actos y ser reincorporado exitosamente a la vida en comunidad. Y con esta idea presente, se trabajarán las sesiones, despojándolas de cualquier tinte acusatorio.

## **JUSTICIA PRONTA Y CUMPLIDA**

*Todos los procedimientos de justicia restaurativa serán atendidos y gestionados con criterios de rapidez, eficiencia, eficacia y simplificación de trámites, para asegurar el acceso de las partes intervinientes a una justicia pronta, cumplida, restauradora y de calidad. (Ley 9582, artículo 4).*

Si se desarrolla correctamente, la vía restaurativa es capaz de resolver un conflicto en menos tiempo que el procedimiento clásico. A esto contribuye el hecho de que temporalmente, se congelan muchos de los engorrosos trámites que ralentizan el avance de

la causa. A las partes les sirve determinar si una conciliación será provechosa o no en el menor tiempo posible.

### **NO CONTENCIOSO**

Los procedimientos de justicia restaurativa son de carácter no contencioso; en caso de existir desacuerdo sobre los daños causados, la responsabilidad de la persona ofensora, las pruebas del caso, los criterios psicosociales y las condiciones del plan reparador implicarán la finalización del procedimiento restaurativo y deberá continuarse con el trámite ordinario correspondiente, conforme a la normativa penal, penal juvenil y contravencional. (Ley 9582, artículo 4).

El método restaurativo no se basa propiamente en una confrontación entre las partes involucradas sino más bien, y como ya se ha mencionado con anterioridad, funge como una especie de “pausa” o “paréntesis” del proceso tradicional. No se trata de quien gane una contienda, sino de procurar que ambas partes se beneficien de cierta manera. Si se determina que definitivamente, no es posible lograr un entendimiento, el expediente se devuelve a la vía judicial y los procedimientos continúan desarrollándose normalmente.

### **RESPECTO A LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS PROCESALES**

*En todas las etapas del abordaje restaurativo se garantizará el respeto a los derechos fundamentales de las partes, el debido proceso y las demás garantías procesales vigentes en el marco de la Constitución Política, las leyes y los instrumentos internacionales.* (Ley 9582, artículo 4).

A pesar de que se pueda caer en la errónea creencia de que la Justicia Restaurativa no es parte del proceso penal como tal, lo cierto es que si lo es. Simplemente representa una bifurcación del sendero mayoritariamente utilizado. Por ello, los principios constitucionales que garantizan la legalidad, la transparencia, el trato digno y el debido proceso entre otros, continúan estando presentes y deben ser acatados.

### **RECONOCIMIENTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR EL HECHO DELICTIVO**

En todo procedimiento restaurativo la persona ofensora penal, penal juvenil y contravencional deberá asumir una actitud activa en el

reconocimiento del daño causado a la víctima y la comunidad por el hecho delictivo, a fin de procurar la restauración. En todo momento se atenderán las necesidades de las víctimas y la comunidad en cuanto a la reparación del daño causado por el delito, en equilibrio con las condiciones personales, sociales y económicas de la persona ofensora, a fin de lograr la restauración integral de las partes involucradas. (Ley 9582, artículo 4).

Como ya se ha analizado previamente, la aceptación de la autoría de unos hechos ilegales es vital para que exista Justicia Restaurativa. La reparación del daño de acuerdo con lo que indica la ley, puede tomar forma mediante un pago monetario, pago en especie, la realización de alguna actividad o la abstención de otra, además de la rehabilitación o los abordajes socioeducativos. Todo lo anterior sin perjuicio de que la víctima proponga algún otro método de arreglo que el ofensor éste dispuesto a aceptar.

La Doctora Doris Arias Madrigal desarrolla varias concepciones doctrinales concernientes a la reparación del daño. El tema en sí, difícilmente puede simplificarse a una cuestión de dar y recibir, sino que, en una aproximación más filosófica, se han reconocido hasta tres tesis distintas sobre lo que implica tal reparación y que posibles escenarios pueden nacer de ella.

Primeramente, se encuentran las tesis abolicionistas. Estas poseen un énfasis muy marcado hacia la evitación de la pena en tanto sea posible y muestran su apoyo hacia métodos de resolución “informales”. Luego se encuentran las tesis resocializadoras, mismas que se inclinan por minimizar la “cosificación” del delincuente en pos de otorgarle un carácter más humano, de comprender su posición y darle la oportunidad de demostrar su capacidad para modificar el comportamiento incorrecto.

La reparación del daño cuenta con un gran potencial preventivo-especial, en la medida que se confronta al delincuente con el daño causado y con la víctima. El esfuerzo reparador, es un elemento central ya que en él se expresan los elementos de resocialización y reconocimiento de la norma, aún sino se repara en forma integral o bien, si la reparación es simbólica. (Arias).

Por último, están las tesis garantistas. Se caracterizan por promulgar una reparación, pero sin restar valor a los principios y los lineamientos con los cuales el Derecho Penal trabaja. Se basan entonces en la idea de adaptar una posible solución alternativa al proceso general más que en proponerla siguiendo un sendero que se separe de este.

### **RESPONSABILIDAD ACTIVA**

La persona ofensora, la víctima y la comunidad, que voluntariamente accedan a someter el caso penal, penal juvenil y contravencional a justicia restaurativa, deberán mantener un cumplimiento activo de los requerimientos en las distintas etapas procesales, cumplimiento de los acuerdos, llamamientos judiciales y contacto permanente con los funcionarios y las funcionarias, para el cumplimiento de los fines de esta ley. (Ley 9582, artículo 4).

El hecho de que el ofensor deba aceptar su responsabilidad, asumiendo así un papel activo en la reunión que le acoge, no exime a los demás participantes de igualmente hacer notar sus percepciones y propuestas. La Justicia Restaurativa es, ante todo, un mecanismo de resolución conjunto. De nada sirve que la persona investigada baje la guardia y proponga soluciones a la situación si los demás no están dispuestos a aceptarlas o a ofrecer alguna especie de retroalimentación.

### **SUPLETORIEDAD**

*En los procedimientos restaurativos previstos en esta ley se aplicarán las normas del procedimiento ordinario penal, penal juvenil, contravencional, ejecución o ejecución penal juvenil según corresponda, en cuanto sean compatibles y a falta de una regla específica.*

Naturalmente, por ser la aplicación del procedimiento de Justicia Restaurativa relativamente reciente en territorio costarricense, es común que puedan presentarse escenarios en los cuales el contenido de su propuesta no sea capaz de llenar ciertos vacíos. Pasará algún tiempo antes de que la ley se perfeccione. Mientras tanto, en caso de dudas o poco alcance de la misma, se deberá acudir a los preceptos elementales del Derecho Penal.

## **ORALIDAD**

El procedimiento de justicia restaurativa será fundamentalmente oral, salvo los actos procesales que en el marco de esta ley deben quedar debidamente documentados de forma escrita. Se garantizará a las partes intervinientes en condición de vulnerabilidad y de diversidad cultural, que podrán contar con un intérprete en todo el procedimiento restaurativo. (Ley 9582, artículo 4).

No hace falta el manejo de documentos, fórmulas ni formalidades excesivas que den trámite a la reunión en sí. Eso sería contraproducente porque lo que se está buscando es más bien crear un ambiente en el que los participantes se sientan cómodos y dispuestos a negociar. Por lo tanto, la dinámica se conduce principalmente por medio de la palabra.

## **VOLUNTARIEDAD**

*La participación en justicia restaurativa es libre y voluntaria, hasta antes de la judicialización de los acuerdos, los cuales tienen efectos vinculantes, motivo por el cual la persona ofensora como la víctima podrán retirarse de los procedimientos restaurativos cuando lo consideren conveniente.* (Ley 9582, artículo 4).

La justicia restaurativa representa tan solo una opción más a considerar en la senda de tratamiento del delito. Su premisa es absolutamente libre de coacción, por lo que ultimadamente, son las mismas partes quienes deben establecer si desean adoptar la medida o no. Ello sin mencionar que incluso en el caso de que hubiesen aceptado acogerse al método restaurativo, están en libertad de dejarlo en cualquier momento si la propuesta no les satisface completamente.

Como se puede observar, la totalidad de los principios que dan forma a la figura en estudio se basan primordialmente en la idea de los acuerdos mutuos, de la cooperación y de la consecución de un bien común.

## **ELEMENTOS ESTRUCTURALES**

Por otra parte, se deben considerar los valores, motivos y características que permiten a la Justicia Restaurativa constituirse en un elemento viable para la resolución de problemáticas diversas. En ese sentido, la compilación en estudio (Acercamientos teóricos y prácticos) ofrece una visión particular de este elemento haciendo una analogía entre lo

que es Justicia Restaurativa con la hipotética imagen de la construcción de un edificio. Construcción en la que cada “piso” o “columna” viene a simbolizar un elemento que da vida al programa.

## **ENCUENTRO**

El primer elemento estructural es el encuentro del otro. Los programas restaurativos colocan un alto valor en darles la oportunidad a las partes de un delito – la víctima, el ofensor, y miembros afectados de la comunidad – para encontrarse unos con otros. Los encuentros restaurativos por lo menos en el sentido figurativo – y frecuentemente literalmente –son cara a cara. (Van Ness, 2006, p. 39).

Se suele considerar a este elemento como el primordial. Si no existe un acuerdo de voluntades entre ambas partes y un posterior encuentro para discutir a un nivel personal lo que se quiere conseguir, la Justicia Restaurativa sencillamente no puede existir. En este caso, la voluntariedad de colaboración reemplazará a la coacción del ente estatal.

## **ENMIENDAS**

Una segunda columna de soporte de la justicia restaurativa es realizar enmiendas. Esto significa tomar pasos para que las cosas queden bien. ¿Cómo puede hacer un ofensor para que las cosas queden bien? Esta realmente es una pregunta que la víctima necesita ayudar a responder, ¿no es así? Por este motivo es que el encuentro es tan útil. Lo que han descubierto las personas que manejan programas de encuentro es que las víctimas sugieren varias formas para que un ofensor realice enmiendas. (Van Ness, 2006, p. 40).

Este punto es sumamente al similar al primero, pero adquiere su particularidad por el hecho de que alude a la participación activa del ofensor, y la influencia de ello en el posterior resultado que se consiga fruto de la reunión.

## **REINTEGRACIÓN**

La tercera columna de apoyo es la reintegración al seno de la comunidad. Por reintegración quiero decir el reingreso de la persona – puede ser tanto la víctima como el ofensor – al seno de la vida de la comunidad

como un todo, tornándose un miembro productivo y contribuyente de la comunidad. Esto significa más que simplemente tolerar la presencia de la persona o hacerle espacio. Significa establecer relaciones que se caracterizan por respeto, compromiso e intolerancia por – pero comprensión de – el comportamiento delictivo. (Van Ness, 2006, p. 41).

La finalidad última del sometimiento del imputado a un programa de Justicia Restaurativa es que se le pueda reubicar nuevamente dentro de la sociedad en lugar de sacarle de ella para “castigarle” o “resocializarle” por las conductas ejecutadas. Para esto, es indispensable el visto bueno de esa sociedad que al fin y al cabo, será la encargada de recibirle y otorgarle una segunda oportunidad de constituirse en un ciudadano responsable y útil.

## **INCLUSIÓN**

La columna final es la inclusión de las partes. Típicamente, las víctimas y ofensores juegan un papel mínimo en un caso penal. En procesos restaurativos, todas las partes son invitadas a participar. Se les dan oportunidades para hablar y para tomar decisiones. No se espera que meramente contribuyan con estrategias del fiscal o del abogado defensor. Se entiende y acepta que tienen sus propios intereses. Lo que tienen que decir es relevante para construir una respuesta restaurativa. La manera en que el delito ha afectado a la víctima ayuda a medir el grado de daño que debe repararse. (Van Ness, 2006, pp. 42-43).

Este aspecto destaca el protagonismo que revestirán todos lo que mantienen algún interés en el proceso. Siendo que ya no se delega la toma de decisiones exclusivamente al sistema judicial, es posible encaminar la diligencia hacia una dirección más humana.

Estos son los principios y las columnas de la justicia restaurativa. ¿Cómo se convierten en programas prácticos? Tres procesos se han llegado a identificar íntimamente con la justicia restaurativa: mediación víctima-ofensor, reuniones restaurativas y círculos. Cuatro resultados generalmente emanan de estos tres procesos: pedir perdón, restitución, servicio comunitario y la construcción de habilidades. (Van Ness, 2006, p. 43).

El acercamiento entre las partes para lograr un entendimiento no siempre termina siendo de la misma manera. Una conciliación puede realizarse rápidamente o exigir un poco más de tiempo para que se perfeccionen las propuestas, tiempo que puede desembocar propiamente en una reunión o círculo de restauración. Los resultados obedecerán casuísticamente dependiendo del método elegido y del cómo sus propulsores lo pongan en práctica.

## **SUJETOS INVOLUCRADOS**

Álvaro Márquez (2009) expone las partes que hay en un encuentro restaurativo y amplía sobre las circunstancias que deben tomarse en cuenta para identificar cuando acudir a esta vía. A saber:

### **LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES**

A grandes rasgos son el fiscal y el juez. Su tarea consiste en dar la información pertinente a los demás para que estos decidan, si quieren someterse a la dinámica. Los funcionarios judiciales deben asimismo, otorgar las explicaciones del funcionamiento del programa, sus implicaciones, sus mitos y las herramientas con los que se cuenta para desarrollar la reunión.

### **EL SUJETO PASIVO**

En otras palabras, la víctima (o el afectado para utilizar términos más acordes con los valores de la Justicia Restaurativa) debe de conocer los pormenores de la situación investigada, la manera en que se desarrollará el encuentro con su contraparte y los derechos que le asisten. Debe de comprender que el resultado ideal es llegar a un arreglo, más esto no es obligatorio, pudiendo manifestar su rechazo a una solución pacífica o negándose a aceptar las propuestas que se pongan en su conocimiento.

### **EL INDICIADO**

También referido como el investigado o el ofensor. Al igual que el sujeto pasivo tendrá derecho a la información, a la asesoría legal, a la palabra y a tomar decisiones propias con respecto a lo que se discuta. Está en posición, además, de proponer soluciones, negociar y discutir lo que el ofendido manifieste.

## **FASES**

Una vez que las partes expresen su anuencia, se dará la apertura al acercamiento restaurativo y este, se desarrollara a lo largo de cinco fases.

Según explica el profesor Daniel Van Ness, director del la confederación Internacional carcelaria, en un encuentro restaurativo se dan de cinco momentos que se relacionan entre sí: tertulia, narrativa, emoción, entendimiento y acuerdo. Cada uno de estos elementos contribuye al fortalecimiento del encuentro. Los encuentros que cuentan con los cinco elementos poseen más fuerza para ayudar a ambas partes a avanzar hacia la solución del conflicto. (Márquez, 2009, p. 68).

### **TERTULIA**

Aunque de naturaleza algo más indirecta, la tertulia cuenta con la participación de los intermediarios de las partes quienes básicamente, llevan las riendas de la situación y hablan por sus representados. La comunicación puede prosperar por medios electrónicos o de comunicación diversa entiéndase, correo electrónico, teléfono, video o incluso cartas. Es un primer acercamiento que busca desembocar en el encuentro “real”.

### **NARRATIVA**

Consiste en que las partes cuenten su “versión” de la historia. Adicionalmente, que expongan sus estados de ánimo y los sentimientos que los acontecimientos relatados les producen y les produjeron en el momento en que se desarrollaron. Además de contar estos detalles, los involucrados escuchan lo que los demás tienen que decir.

### **EMOCIÓN**

Como consecuencia del desarrollo de la narrativa, los participantes verán reflejada su humanidad desde un enfoque del cual no esperaban. La reunión suple entonces una funcionalidad de desahogo emocional a diferencia del típico procedimiento penal en donde funcionarios debidamente autorizados personifican a la autoridad que habla y dispone. El deshago permite ver al “oponente” como una persona más que como una pieza de engranaje, y da apertura de pensamiento para reconocer sus debilidades y empatizar con su historia personal.

## **ENTENDIMIENTO**

El entendimiento es el destino lógico al que conduce tanto la narrativa como subsecuentemente la emoción. Luego de entender lo que está sucediendo en el plano personal del otro, tanto ofendido como ofensor demostrarán una posición más flexible con sus motivos y estarán más dispuestos sugerir o aceptar actitudes reparadoras.

## **ACUERDO**

El acuerdo es el fruto final que emana de las fases anteriormente expuestas. Frecuentemente, al enterarse de lo que pasa por la mente del otro, el sujeto adquiere las capacidades para ponerse en su lugar y así, voluntariamente, sentirá la necesidad de responder por sus actos.

## **PROCEDENCIA**

Para poder entender cómo opera la Justicia Restaurativa y si es razonable acudir a ella en busca de solución a un conflicto o mantenerse en el sendero clásico del proceso penal común, se deben de tener en mente siempre unas preguntas determinantes:

Bernal y Castillo (2006) citan a Howard Zehr, un célebre criminólogo estadounidense y pionero de la Justicia Restaurativa en su país. Este sugiere que en todo proceso penal se deben de contestar tres preguntas fundamentales: ¿Qué ley se rompió?, ¿quién lo hizo? Y ¿Cómo se castigará al ofensor? Normalmente, el peso de dar respuesta a las primeras dos interrogantes recae sobre el fiscal y el abogado defensor. La tercera pregunta le corresponde al juzgador. El proceso entonces se resume en demostrar la culpabilidad o inocencia del encausado y si se demostrase culpable, delimitar qué castigo es más apropiado imponerle.

La Justicia Restaurativa en cambio plantea inquietudes distintas. Se parte de las preguntas ¿Qué daño se causó?, ¿quién es el responsable? Y ¿de qué manera puede enmendarse? Todo esto con especial énfasis en la comunidad, elemento que prácticamente se ignora en el proceso tradicional.

La primera pregunta nos lleva más allá de concentrarnos en probar si se ha roto una ley, a una examinación del daño resultante. La segunda pregunta cambia nuestro enfoque de una preocupación con el acusado a preocupación con las personas y comunidades victimizadas. (...) La tercera

pregunta enfatiza la necesidad de rendir cuentas y de reparación por el ofensor, y tal vez por la comunidad también. Una respuesta justa es la que hace que las cosas queden bien. (Bernal, Castillo, 2006, p. 38).

Lo que puede deducirse de esta cita, es que la percepción que se forma sobre los comportamientos delictivos va a presentar importantes disidencias desde un comienzo dependiendo de si se quiere enfocar una solución desde el lado restaurativo o desde el lado penal (incluyendo los propios métodos alternos de este como la suspensión del proceso a prueba). Esas disidencias evolucionarán y darán como eventual resultado, destinos también desiguales para la persona que cometió el ilícito.

El principal rasgo diferenciador entre estos dos caminos de resolución, recae en el resultado que se desee conseguir. Es evidente que un acercamiento restaurativo toma más en consideración lo que beneficia al ofensor, pero también al ofendido e incluso a la sociedad misma. Por tal motivo, la premisa es en su esencia mucho más humanista que la que ofrece la suspensión del procedimiento, por ejemplo.

Esta última es una figura que si bien, en cierta manera también persigue una finalidad restaurativa porque viene a funcionar como una especie de “segunda oportunidad” para que la persona imputada repare el daño provocado, no hace un uso tan extensivo de las herramientas de diálogo entre partes, sino que posee una naturaleza más autoritaria al provenir de lo que un tribunal establezca.

A pesar de lo anterior, la justicia restaurativa comparte similitudes con este instituto ya que también funciona como un freno del proceso penal. Evita que continúe avanzando por un tiempo determinado, existiendo siempre la posibilidad de que se deba retomar por incumplimiento de las condiciones pactadas. Si se da la situación de que las partes no desean acogerse a lo propuesto, el expediente será devuelto a la vía ordinaria, es decir, al Ministerio Público para que este continúe ejerciendo la acción penal.

Con respecto a asuntos de procedencia, prácticamente se puede recurrir a la Justicia Restaurativa en cualquier fase de una causa. La Ley 9582 en su artículo 4 especifica los momentos procesales en donde se puede solicitar tal apertura:

- Etapa preparatoria siempre y cuando proceda la conciliación, suspensión del proceso a prueba o reparación integral del daño.
- Etapa intermedia en los mismos supuestos anteriores y adicionalmente, cuando se acuda al procedimiento especial abreviado, proceda la ejecución condicional de la pena o en general, alguna medida no privativa de libertad.
- Etapa de juicio en los mismos supuestos anteriores y además, en el procedimiento ordinario y en el especial de flagrancia.
- Etapa de ejecución de la pena con el fin de dar seguimiento a la pena alternativa que se imponga.
- En delitos patrimoniales que tengan que ver con violencia intrafamiliar o hacia las mujeres cuando procediese la ejecución condicional de la pena y/o penas no privativas de libertad. En este caso particular, es importante que se trabaje conjuntamente con la Oficina de Atención de Víctimas y Testigos del Ministerio Público.
- En contravenciones también cuando se impongan medidas alternativas.

Por último, no se debe de pasar por alto que, para la procedencia de la Justicia Restaurativa en cualquiera de los escenarios anteriores, se debe cumplir siempre con los requisitos de viabilidad y admisibilidad que la ley determine. Además, la figura no procede en delitos de crimen organizado y de grave violencia contra las personas. Algunos de los delitos en los que se más se utiliza son; apropiación irregular, conducción temeraria, daños, descuido de animales, desobediencia a la autoridad estafas de seguro, estafas mediante cheque, estafas menores, hurtos, fraudes de simulación, lesiones leves, lesiones culposas, entre otros.

## **MÉTODOS**

Aunque ya anteriormente en este trabajo, se haya hecho alusión a los mecanismos de resolución alterna de conflictos que ofrece la legislación costarricense, no se ha delimitado exactamente, cuáles de ellos se aplican en Justicia Restaurativa. Puntualmente, los autores José Benito Pérez Saucedo y José Zaragoza Huerta proponen en su artículo titulado “Justicia Restaurativa, Del Castigo a la Reparación” que la restauración puede hacerse valer por medio de nueve tipos de actividades:

## **MEDIACIÓN DE LA VÍCTIMA Y EL INFRACTOR**

Consiste en que víctima e infractor se reúnan cara a cara y puedan comentar sus percepciones de lo ocurrido. Esto con el objetivo de comprender los intereses y preocupaciones del otro para finalmente, arribar a una solución. La mediación se lleva a cabo típicamente en un ambiente controlado y con la asistencia de un experto que si bien, intentará no intervenir demasiado, estará en la obligación de hacerlo cuando el intercambio social entre las partes vaya mal encaminado. La mediación es uno de los métodos más utilizados en Justicia Restaurativa y además, uno de los que mejor representa su premisa.

## **REUNIONES DE RESTAURACIÓN O CONFERENCIAS COMUNITARIAS**

En este escenario, se amplía la cantidad de individuos presentes. No se trata ya de una simple reunión entre ofendido y ofensor, sino que se contará con la participación de familiares, amigos y en general, de todos aquellos que de alguna manera conforman la comunidad afectada. Este método es particularmente útil cuando el conflicto involucra a menores de edad. Primeramente, porque por encontrarse en una fase de desarrollo, pueden no contar con las características de personalidad y temperamento necesarias para conversar al mismo nivel con un adulto. Sus conocidos entonces vienen a fungir como un apoyo, pero también como un recordatorio de que las acciones incorrectas del joven no le afectan únicamente a él, por el contrario, afectan directa o indirectamente a toda una colectividad que se esconde detrás.

Las conferencias o reuniones de restauración surgen en 1989, con la aprobación de la Ley sobre Niños, Jóvenes y sus Familias de Nueva Zelanda. Dicha regulación estableció un nuevo paradigma para el tratamiento de los menores infractores, pues en vez de procesarlos de la forma ordinaria, se le otorgó mayores facultades a la familia del joven delincuente para la toma de decisiones con el propósito de que esta decidiera junto con la víctima y otros de la comunidad la sanción apropiada para el menor. (Pérez, Zaragoza, p. 644).

Vale destacar como dato interesante que las conferencias comunitarias encuentran su génesis en la Ley sobre Niños, Jóvenes y sus familias de Nueva Zelanda porque es en este país, donde se puede encontrar el desenvolvimiento de la práctica en un pueblo nativo llamado Maorí. Los habitantes de la zona desempeñan una reunión a la que denominan

“Whanau” y que funciona para resolver consuetudinariamente los conflictos que son provocados por jóvenes.

En las conferencias comunitarias, la solución última del conflicto es establecida por las terceras personas presentes, más es requerido que se formalice por escrito para que adquiera plena validez. Además, la conferencia no es una sola, sino que se compone de tres fases: Preparación; es cuando el facilitador recibe el informe de la situación y busca la mejor forma de abordarlo con expertos en la materia. El encuentro como tal es la segunda fase y finalmente, el monitoreo posterior sirve para asegurar que las condiciones pactadas en la reunión, realmente se cumplan al pie de la letra.

### **CÍRCULOS**

Tal y como su nombre indica, es menester que los participantes de la actividad formen un círculo para que en todo momento, puedan ver directamente a quien se encuentre hablando. Además de las dos partes principales, pueden intervenir sus representantes legales, familiares y representantes de instituciones de diversa índole. Todos ellos contarán con la guía de un facilitador oficial. Esta práctica difiere de las conferencias comunitarias por el hecho de que todos los involucrados tendrán un mismo porcentaje de protagonismo y no serán simples respaldos de las versiones narradas por el infractor y el perjudicado.

La dinámica en este caso, consiste en pasar algún objeto (como una pelota por ejemplo) entre los conformantes del círculo. La idea es que quien tenga el objeto, tendrá también el derecho de palabra en ese instante. Los demás deberán limitarse a escuchar y esperar que sea su turno para exponer los argumentos y sentimientos propios. Se busca presentar el daño como un problema de grandes dimensiones que trae como consecuencia, más de un afectado y, asimismo, otorgar mayor visibilidad a estos ofendidos “secundarios”.

### **ASISTENCIA A LA VÍCTIMA**

Básicamente, es un programa cuyo objetivo principal es brindar apoyo psicológico y legal a las víctimas de un delito. Sus pilares se constituyen en la recuperación de las lesiones que él o la afectada hayan sufrido, una reinserción social adecuada y la atención prioritaria en el seguimiento del caso.

## **ASISTENCIA A EX DELINCUENTES**

Similar al caso anterior, se trabaja con personas ex privadas de libertad aplicando un enfoque de resocialización. El paso del sistema penitenciario a la vida comunitaria debe ser lo más natural y fluido posible.

## **RESTITUCIÓN**

Hace referencia al pago en sí. Lo que el ofensor provea al ofendido con tal de dar por terminado el conflicto y dar a cambio algún elemento que restituya, aunque sea simbólicamente, la afectación ocasionada. Puede ser pago en términos monetarios, pago por medio de la prestación de servicios o bien, pago en especie.

## **SERVICIO COMUNITARIO**

Realizar trabajos determinados con tal de evitar una pena más gravosa, es una posibilidad estrechamente relacionada con el tema de la restitución que ya se comentó en el punto anterior. Puede decirse que el servicio comunitario es a grandes rasgos, un tipo de restitución.

## **LA MEDIACIÓN Y EL ENCUENTRO**

Este método pretende “acercar” a las partes antes de que una de ellas interponga una denuncia formal para intentar que resuelvan su problemática sin la intervención del sistema judicial. Generalmente son los mismos oficiales de policía quienes se encargarán de actuar como mediadores no oficiales.

## **CONCILIACIÓN POST-JUDICIAL**

Toma lugar luego de que se impuso una condena. Se vuelve a reunir a las partes para que se determine si el encierro ha sido provechoso para el tratamiento del delito. Por un lado, funciona para saber si el infractor ha conseguido modificar su comportamiento y comprender las implicaciones de su actuar para no volver a reiterarlo en un futuro y por otro, conocer si el afectado ha sido capaz de superar las secuelas derivadas del hecho delictivo en pos de una sanación a nivel emocional.

## **PROCEDIMIENTO**

El procedimiento por Justicia Restaurativa debe contar con una amplia aprobación por parte de todos quienes, de alguna manera, están involucrados en la causa penal. El Ministerio Público, la defensa técnica, jueces, imputado (s) y ofendidos. Con solo que alguna de estas personas o sus representantes consideren que no es viable acudir a esa vía,

ya no será posible hacerlo. En ese aspecto, la suspensión del proceso es similar puesto que se necesita aprobación por unanimidad de todos quienes sostengan relación con la causa para que proceda debidamente. Se habla aquí entonces de trabajos conjuntos más que de coacción ejercida por entes superiores.

Adicionalmente a lo anterior, se debe contar con el elemento valorativo por parte de profesionales en psicología. No es suficiente que el imputado manifieste su anuencia a someterse al programa, sino que además se debe demostrar su aptitud para ello. Esta diligencia es realizada por un equipo psicosocial, el cual determina si la persona investigada posee un adecuado desarrollo emocional para comprender las implicaciones negativas o positivas de acogerse a la Justicia Restaurativa, y descartar la posibilidad de que únicamente lo haga para evitar un eventual castigo pero sin entender por qué su actuar es incorrecto y reprochable. El equipo psicosocial tendrá la tarea de analizar las condiciones de cada interviniente individualmente.

De la valoración realizada por el equipo psicosocial podrá recomendar la no viabilidad de continuar con el procedimiento restaurativo, cuando concurren las siguientes circunstancias: a) La existencia de una relación de desequilibrio de poder entre las partes, que limite el desarrollo del abordaje en la reunión restaurativa. b) La identificación de una situación de riesgo para la integridad física o emocional de la víctima. c) La negativa de la persona ofensora a reconocer el daño causado y asumir la responsabilidad activa en la reparación de este. d) La negativa de la víctima de participar en los procedimientos restaurativos. (Ley 9582, artículo 21).

El compromiso que se adquiere el imputado con la aceptación de sometimiento al programa implica que debe mostrar su interés en todo momento, facilitar la consecución de soluciones con la otra parte y no faltar a las reuniones a las que se le cite. Si omitiera presentarse a las mismas, el beneficio puede igualmente ser revocado y el expediente devuelto a la vía ordinaria.

Sobre la valoración psicosocial al menos en los casos que comprende la Justicia Restaurativa en Derecho Penal Juvenil, la Ley 9582 señala en su artículo 36 que el equipo especializado en la materia deberá realizarla a todos los intervinientes en un plazo de ocho

días hábiles posterior a la comunicación emitida por la autoridad jurisdiccional. Este equipo psicosocial tendrá que trabajar conjuntamente con el Ministerio Público y la defensa si se diera el caso de que las partes no pueden ser ubicadas.

Si la ubicación consigue llevarse a cabo, el procedimiento restaurativo seguirá su curso normalmente y los profesionales del área psicosocial podrán realizar las valoraciones necesarias para determinar si se cumplen con los requisitos de la ley. Si no pudiesen ubicarse, simplemente se descarta la salida restaurativa como una opción.

Asimismo, se podrá remitir, sin suspender la continuación del procedimiento restaurativo, a la víctima que así lo requiera a la Oficina de Atención a Víctimas y Testigos del Ministerio Público para su atención integral y de requerirse su incorporación a las redes de apoyo para las víctimas. (Ley 9582, artículo 36).

Una vez finalizadas las valoraciones, el equipo psicosocial rendirá un informe que será puesto a disposición del Ministerio Público y la Defensa Técnica en el que, básicamente se indicará si los sujetos reúnen las características para resolver su problema por medio de la vía restaurativa.

Terminada la valoración de las partes, se deberá rendir un informe oral al equipo interdisciplinario sobre la viabilidad o no de continuar el procedimiento restaurativo. En caso de que el informe sea positivo, se deberán hacer recomendaciones en el que se establezca un equilibrio entre el daño ocasionado y las pretensiones de la víctima, las condiciones personales, sociales y económicas de la persona ofensora, e identificar las organizaciones de la red de apoyo que puedan participar en el plan reparador. Asimismo, si la persona ofensora reúne los requisitos, se podrá recomendar la derivación del caso al Programa de Tratamiento de Drogas bajo Supervisión Judicial Restaurativa, de conformidad con el trámite establecido en esta ley. (Ley 9582, artículo 20).

Cuando el criterio emitido sea negativo, el expediente deberá ser devuelto a la vía ordinaria y se garantizará la confidencialidad de lo ocurrido. Contando entonces con el

visto bueno de psicología, la presencia de los involucrados es el primer aspecto que se debe confirmar para dar inicio a las reuniones. Posteriormente, el modo de operar de estas se encaminará hacia la utilización del diálogo con guías para lograr arribar a una alternativa satisfactoria compartida entre partes.

Quienes terminan haciendo uso de la Justicia Restaurativa, deben pasar antes por una serie de “filtros” que básicamente, funcionan para delimitar la aptitud de los participantes (el tipo de delito y las condiciones en que se llevó a cabo no son los únicos parámetros). En síntesis, el orden que debe seguirse es el siguiente: Primero, la Notitia Criminis. Con la realización de una actuación ilegal (sin grave violencia de por medio, esto es indispensable), la persona afectada por el acontecimiento acude al Ministerio Público para interponer la denuncia correspondiente e impulsar consecuentemente, el inicio de una investigación.

Luego está el tema de la viabilidad probatoria. Como resultado de la investigación y los indicios recolectados, la Fiscalía determinará si la cantidad y calidad de los elementos de prueba es suficiente para inculpar al sujeto sospechoso del delito. Si los hay, será este mismo despacho el encargado de remitir el expediente. Es importante que exista realmente, prueba abundante y/o contundente para ligar al sospechoso con los hechos.

En palabras sencillas, prácticamente el sujeto deberá estar muy “comprometido” en la situación, a tal punto que se considere que, en un eventual juicio, hay pocas o nulas probabilidades de que resulte absuelto o su situación en general sea beneficiosa. Es por esto que, contrario a lo que pudiera pensarse, la Justicia Restaurativa no se utiliza siempre (a pesar de su naturaleza no punitiva, pacífica y de interés social), sino que más bien, necesita que se cumpla estrictamente con el acatamiento de unos lineamientos específicos, y que los participantes se enmarquen dentro de un perfil especial.

Posteriormente, viene la fase de consulta a las partes. Tanto al imputado como al ofendido se les deberá de contactar a efectos de ponerles al tanto de lo que está aconteciendo con el caso, y explicarles qué por sus características, hay posibilidad de tomar una vía alternativa. Se les pregunta si están de acuerdo en someterse al programa restaurativo y dependiendo de su anuencia o su negativa, el proceso continuará por ese

camino o seguirá el curso común. Las dos partes tienen necesariamente que estar de acuerdo.

Es luego de esa aceptación que entra el equipo de trabajo psicosocial y psicología, cuyas labores y relevancia fueron desarrollados unos párrafos atrás. Solo para recapitular, su aporte consiste en realizar entrevistas a las personas que se someterán al programa y esclarecer así, si se encuentran en óptimas condiciones para comprender lo que se desarrollará y sus implicaciones (las entrevistas se hacen individualmente).

Cumplidos todos los requisitos anteriormente mencionados, se lleva a cabo una pre audiencia. Esta funge como una especie de preámbulo para la reunión que se hará eventualmente. El equipo interdisciplinario es el protagonista en esta etapa, y su tarea se enfoca en la valoración de aspectos psicosociales de las partes.

Por último, habiéndose despejado ya los aspectos dudosos y superado los “obstáculos”, se entra de lleno en la reunión de Justicia Restaurativa. Con el fin de ilustrar acertadamente todos los pasos previos que acaban de comentarse, véase el esquema adjunto tomado de la página del Poder Judicial de Costa Rica:

## Justicia Restaurativa PASO A PASO



f : Justicia Restaurativa Costa Rica  
 @ : <http://www.poder-judicial.go.cr/justiciarestaurativa/>

✉ : [justiciarestaurativa@poder-judicial.go.cr](mailto:justiciarestaurativa@poder-judicial.go.cr)  
 📍 : Justicia Restaurativa CR

☎ : (506) 2295-4410  
 ☎ : (506) 2295-4404

Una vez que se ha constatado la presencia de los intervinientes, el facilitador (a) y cofacilitador (a) darán inicio con la reunión. El aspecto principal que debe cuidarse es el manejo del diálogo. El desarrollo como tal del encuentro pasará por una serie de etapas, mismas que serán dirigidas por las personas facilitadoras.

- En primera instancia, el facilitador se presentará ante los demás y explicará qué papel va a desempeñar cada uno de los presentes.
- Luego, esa misma persona resumirá los hechos investigados y dará una pequeña charla sobre la importancia de llegar a arreglos satisfactorios en un sentido recíproco.
- Posteriormente, se profundizará en los valores y principios que integran la Justicia Restaurativa y se remarcará el carácter confidencial y voluntario de la reunión

(dejando claro a la vez que lo acordado al final, se homologará y sus efectos serán de acatamiento obligatorio.

- Se plantean preguntas a los intervinientes con el objetivo de que se sientan en confianza para exponer sus puntos de vista, sus apreciaciones y sus molestias respecto a la situación que les convoca.
- No se debe olvidar que, en todo momento, la participación de la comunidad es fundamental. La Ley 9582 menciona respecto a esto que: *“En el caso de que la persona ofensora haya aceptado someterse, dentro del plan reparador, a un abordaje terapéutico, socioeducativo o prestación de servicios a la comunidad deberá realizarse en alguna de las instituciones que conforman la Red de Apoyo de Justicia Restaurativa.”*.
- Se debe cuidar de que los comentarios, las propuestas y todo lo discutido en la reunión sea relevante al objetivo último que es la reparación del daño. No se puede salir de esa línea demarcada, y son los facilitadores quienes están llamados a mantener el control.
- Ofensor y ofendido hacen lo propio para llegar a un acuerdo, pero además se debe de integrar a sus respectivos representantes jurídicos para que estos terminen por concretar los aspectos legales pertinentes.
- Por último, la persona facilitadora da por concluida la reunión. La manera de hacerlo depende fuertemente de los resultados que se obtengan. Si lo conseguido fue favorable, se deben dejar bien claros los requisitos y obligaciones que deberán ser acatadas en adelante para asegurar el éxito de la conciliación. Por otra parte, si no se logró un entendimiento, el proceso continúa como lo venía haciendo anteriormente.

## **EFFECTOS**

La Doctora Doris Arias Madrigal en su artículo titulado “La Justicia Restaurativa: Del Paradigma Mecanicista al Paradigma Holístico e Integrador” explica detalladamente cuales han sido algunos de los efectos beneficiosos para la sociedad en general que ha traído la aplicación de esta práctica (centrándose valga hacer la aclaración, en territorio costarricense). El primero de ellos se manifiesta en el costo económico que recae en las arcas del Estado:

Mediante informe N° 212-PLA-2014, rendido por la Dirección de Planificación del Poder Judicial de Costa Rica, se determinó que un proceso penal ordinario tiene un costo para el Estado de ¢6.665.157 (seis millones seiscientos sesenta y cinco mil ciento cincuenta y siete colones) \$10.000 (diez mil dólares), y el proceso penal resuelto por Justicia Restaurativa, donde se incluye la atención brindada por el equipo psicosocial, tiene un costo de ¢339.998 (trescientos treinta y nueve mil novecientos noventa y ocho colones) \$600 (seiscientos dólares). (Arias).

Como se puede observar, el porcentaje de diferencia entre ambos métodos asciende a casi un cien por ciento. Arias agrega además que no debe pasarse por alto el hecho de que el Estado, así como invierte en la justicia, también debe destinar una parte importante de su presupuesto a la manutención de los privados de libertad, y en la infraestructura y conservación de los centros penales que reciben a dichas personas.

Si se considera que uno de los fines primordiales de la Justicia Restaurativa es evitar la pena de prisión, el dinero que se ahorrará el Estado al disminuir la población carcelaria será considerable y permitirá que se invierta en asuntos más provechosos como en educación por mencionar alguno.

Como segundo efecto, Arias habla sobre la reducción del retraso judicial. Como es evidente, al simplificar el proceso a una reunión y promover la búsqueda de soluciones, el tiempo de resolución del conflicto se acortará. Esto constituye al igual que en el ejemplo de los costos monetarios, una reducción de obstáculos para dar por terminado el procedimiento. Además, contribuye a minimizar los sentimientos de estrés ansiedad e incertidumbre que experimentan quienes se encuentran “amarrados” a un proceso de índole legal.

Tercero, la efectividad del programa comprobable mediante análisis de resultados derivados de su aplicación:

Las causas resueltas a la fecha en el Programa de Justicia Restaurativa en materia penal, del periodo comprendido desde el mes de julio del año 2012 al 30 de septiembre del año 2015, son 1.160 casos. Lo

anterior con una efectividad en el cumplimiento de las condiciones acordadas de un 94%. En el Programa de Tratamiento de Drogas bajo Supervisión Judicial, se han referido 24 casos al IAFA, 7 de ellos se encuentran activos, 8 revocados, 2 no homologados y 4 casos han concluido satisfactoriamente por lo que se han graduado al concluir todo el tratamiento terapéutico, 2 casos no han sido aceptados por IAFA, y uno está en espera de informe sobre valoración preliminar. (Arias).

Tómese en cuenta que estos datos aportados por la autora corresponden a estadísticas de hasta el mes de septiembre de 2015.

Como cuarta consecuencia beneficiosa está el tema de la reparación del daño. Asunto que a lo largo de la presente investigación se ha referenciado como el objeto principal del programa de Justicia Restaurativa. Al poder alcanzar el susodicho objetivo, se pasa a subir un peldaño más en la consecución de la paz social en general. No solo ya no existirá una problemática, sino que adicionalmente se eliminarán todos los lastres derivados como el resentimiento de la persona condenada para con la sociedad y el vacío que muchas veces, el ofendido no puede llenar en razón de que se le ocasionó un perjuicio que nunca fue enmendado.

De esta forma, a setiembre del año 2015, de los 1.160 casos resueltos a la fecha, se han realizado 98.857 horas de prestación de servicios a la comunidad, 13.820 horas de abordajes socioeducativos, 14.854 horas de abordaje terapéutico, un año, ocho meses y 20 días de internamiento en centros de rehabilitación, y un monto de ¢72.124.000 colones en donaciones. (Arias).

El quinto beneficio es la participación ciudadana. Esto resulta bueno para ambas partes ya que los dos requieren de apoyo personal en cierto nivel. Usualmente, tal participación se personifica a través de familiares o representantes de instituciones varias conformantes de la comunidad. En otro sentido además del apoyo, la participación ciudadana se enfoca en fungir como un mecanismo de control que se encarga de fiscalizar el adecuado cumplimiento de las condiciones acordadas en la reunión restaurativa.

Luego está la satisfacción de la persona usuaria. Se debe de saber que la manifestación de anuencia para con la reparación de un daño puede ser fácil de realizar en el momento, y esto motiva a las partes a darle continuidad a lo que establece el programa. No obstante, una vez concluido el conflicto, subsiste la duda de si esa satisfacción es duradera a largo plazo. Para sellar esa inquietud, se han realizado algunas encuestas.

El Programa de Justicia Restaurativa realiza año tras año, encuestas de satisfacción de la personas usuarias tanto a la víctima, persona ofensora, y personas representantes de la comunidad. En el 2014, se realizó una encuesta de calidad de servicio donde se entrevistaron 279 personas, 160 corresponden a la oficina de Heredia y 119 de la oficina de Pavas. El estudio de la muestra determinó con un porcentaje del 96% de las personas que están totalmente de acuerdo y satisfechas de la forma en que se resolvió el conflicto. Un 81% de las personas entrevistadas se muestran totalmente de acuerdo en la reparación del daño y un 82% consideran que la Reunión Restaurativa es un espacio que contribuye a la comunicación entre la persona ofensora, las víctimas y la comunidad. (Arias).

Posteriormente, se puede comentar sobre la Política Pública de Justicia Juvenil Restaurativa. Aunque el mecanismo de Justicia Restaurativa está disponible para usarse en cualquier conflicto de origen penal siempre y cuando se respeten los lineamientos, no puede negarse que su presencia es más notoria en asuntos que involucran a menores de edad, es decir, en Derecho Penal Juvenil. Como ya se ha indicado anteriormente, los adolescentes, por encontrarse en una fase de formación psicológica, son más propensos a moldear su comportamiento con base en los acontecimientos que presencien y absorban de su entorno.

En ese sentido, la política referida busca facilitar a los menores de edad que han tenido problemas que desembocan en causas penales, un camino demarcado de reinserción social al que puedan apegarse y que les prometa superar la situación en que se ven envueltos. Situación que, dicho sea de paso, con mucha frecuencia se origina por el delicado estado personal que atraviesa esta población particular.

La política pública, que involucra siete áreas estratégicas, con hojas de ruta, metas, y compromisos, para trabajar por los jóvenes que han

entrado en conflicto con la ley, a procurarles una ruta de restauración integral y holística, en el respeto de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, en favorecer su autonomía progresiva y su participación como sujeto de derechos en las diferentes etapas de desarrollo, en los entornos familiar, escolar, comunitario y social en el que se desenvuelven. (Arias).

Siendo que los mecanismos restaurativos demostraron ser de utilidad con poco margen de error, se comenzó a discutir a nivel legislativo, la adopción del programa para su incorporación oficial al proceso penal. Por ende, el proyecto de Ley de Justicia Restaurativa se puede entender como la séptima y última consecuencia de la aplicación de Justicia Restaurativa en Costa Rica. Para cerrar, la doctora Doris le reconoce en cierto modo, como el efecto definitivo.

Se presentó una iniciativa de Ley No. 19935, en mayo 2016, que tiene por objeto establecer con carácter permanente y con carácter nacional la elaboración, aplicación y evaluación de políticas y procesos de Justicia Restaurativa como un medio de resolución alterna de conflictos en conocimiento del Poder Judicial del Estado costarricense, que contribuya a la solución judicial de conflictos jurídico penales y penales juveniles con una mayor humanización, propiciando un abordaje integral que atienda las necesidades individuales y colectivas de las partes, y proporcione a la víctima un espacio para obtener una reparación o restitución del daño sufrido, con el fin de contribuir a la paz social, a la prevención general y especial de delitos y a mantener la seguridad ciudadana. (Arias).

## **RESOCIALIZACIÓN**

Ahora bien, en lo que concierne a la utilidad resocializadora del programa, se debe de considerar tanto el perfil del comitente de la acción u omisión ilícita, como el de quién se ve perjudicado por la misma.

Con el delito tanto víctima como delincuente son estigmatizados. Por lo tanto, la justicia restaurativa da gran valor a la reintegración de víctima y delincuente. La meta es que los afectados vuelvan a la comunidad a la sociedad, sin ser marginados o etiquetados como consecuencia del hecho

punible realizado por el procesado y sufrido por el ofendido. Con la comisión de un delito tanto el delincuente como la víctima resultan estigmatizados, etiquetados y marginados por la sociedad. La víctima es considerada la perdedora, a veces solo inspira lástima y pesar, para algunos ‘algo hizo para que la hiciera lo que le pasó’ (Márquez, 2009, p. 72).

En realidad, las consecuencias de un proceso legal afectan tanto al ofensor como a la víctima. Tradicionalmente se ha mantenido la concepción de que al recibir un delincuente su castigo, el ofendido se verá envuelto automáticamente por una sensación de tranquilidad y paz que le permitirán dejar atrás el pasado y continuar con su vida. No obstante, lo cierto es que este individuo también es sujeto de recibir rechazo por parte de la sociedad la cual puede no considerarlo fuerte o en capacidad de enfrentar la vida por haber “permitido” que otros se aprovecharán de él. Esta es una apreciación evidentemente errónea, pero culturalmente muy arraigada.

En lo que concierne al condenado, se sabe que su reintegración a la comunidad no fluye sin dificultades. La posible pérdida de habilidades sociales producto del tiempo en reclusión, la familiarización con un entorno problemático e influido por el hampa y el rechazo por arte de instituciones en las que esa persona podría desempeñarse laboralmente son algunos de los factores que demuestran como una estancia en prisión, se suele reducir a una experiencia exclusivamente punitiva y de la cual no se saca mayor provecho.

No es inusual que los ex convictos encuentren también obstáculos para readecuarse a un entorno familiar. Los mismos miembros de su familia les rechazan al volver a su hogar por lo que no queda más remedio que acudir a grupos de apoyo. En estos, los ex privados de libertad pueden hacer nuevas amistades, sentirse comprendidos y encontrar un sentido a sus vidas. Dadas esas carencias, es particularmente común buscar ayuda en instituciones de índole religiosa. Las comunidades de fe representan una opción muy popular.

- Comunidades de Fe: Estas comunidades se encuentran presentes en prácticamente todos los lugares. Muchos son alentados por sus creencias y tradiciones a ayudar a satisfacer las necesidades de sus comunidades. Muchos poseen los recursos y presencia necesarios para brindar muchos servicios. Cuando los grupos de apoyo, grupos comunitarios, comunidades

de fe y otras comunidades ofrecen amistad, ayuda material y dirección espiritual o moral, están ofreciendo a víctima y delincuente la oportunidad de abandonar las sombras y reingresar a la comunidad como miembros que contribuyen a esta. (Márquez, 2009, p. 72).

Se debe tener siempre presente que la naturaleza de este tipo de justicia se basa en la consecución de un resultado distinto en comparación con la típica justicia retributiva. En ese sentido, no resulta correcto categorizarla dentro de los medios procesales que de una u otra manera pretenden castigar al imputado.

La justicia restaurativa no es justicia de pequeñas causas o para delitos cometidos por menores, como tampoco es un proceso abreviado, es una visión y una posición radical y diferente del derecho penal tradicional. La justicia restaurativa es diferente de la justicia penal contemporánea retributiva en muchas maneras. - Primero. Mientras la Justicia restaurativa ve los actos criminales en forma más amplia, en vez de defender el crimen como simple trasgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aún a ellos mismos. (Márquez, 2009, p. 60).

Es elemental reconocer el método restaurativo como individual y autosuficiente respecto al proceso penal. No es en realidad un derivado de este, sino que representa un instituto por sí mismo.

- Segundo. La justicia restaurativa involucra más partes en repuesta al crimen, en vez de dar protagonismo solamente al Estado y al infractor, incluye también víctimas y comunidades. - Finalmente, la justicia Restaurativa mide en forma diferente el éxito, en vez de medir cuánta pena se impuso al delincuente, mide cuantos daños fueron reparados o prevenidos. De esta manera, es claro, que las políticas de justicia restaurativa ofrecen varias ventajas comparativas. (Márquez, 2009, p. 60).

## CRÍTICAS

La Justicia Restaurativa ha demostrado celeridad y eficacia. Sin embargo, no está exenta de críticas que a nivel doctrinal se han hecho tanto respecto a sus aspectos teóricos como a su puesta en práctica. Del primer grupo se pueden traer a colación las siguientes:

a) Se ha señalado que con esta nueva forma de solución de los conflictos difícilmente puedan cumplirse los fines preventivos, dudándose de si prevalece el aspecto de reconocimiento de la norma por el autor, o si se trata de un abordaje psicológico de la personalidad del delincuente. (Arias).

Algunos autores han considerado que el abordaje que se utiliza, envía una especie de mensaje erróneo a la sociedad. El de que la violación a las normas estipuladas no es realmente tan grave y por ello, el respeto a la ley no representa una actitud que deba de ser acatada estrictamente en muchos casos.

b) Se aduce que no se cumplen los principios de igualdad y proporcionalidad, ante hechos equivalentes en injusto, culpabilidad y daños puede que la respuesta sancionatoria sea diversa por la actitud de la víctima. Además se inobserva el principio de pena certa, es decir, de determinación previa de los rangos de sanción a imponer. (Arias).

Las reuniones restaurativas hacen menos contundentes las sanciones que le siguen al delito puesto que, ofrecen una salida distinta. Aunque obviamente, esa tenga que ser propuesta y acatada basándose en los requisitos establecidos por ley, en cierta manera se difumina la idea de lo “esperable” conforme avanza el proceso.

c) En cuanto a las garantías procesales las principales carencias se relacionan con la inobservancia del debido proceso, la presunción de inocencia y la asistencia de letrado. Se cuestiona la participación voluntaria y la previa declaración de responsabilidad del autor, quien puede verse “forzado” a participar ante el temor de ser compelido al sistema de justicia tradicional. (Arias).

Esta crítica asume que la persona ofensora que se someta al programa, no va a contar con asesoría legal suficiente y como resultado, va a encontrarse en una posición de vulnerabilidad en tanto tomará decisiones que podrían no ser las más adecuadas para su beneficio propio. Incluso, quienes defienden esta crítica van más allá y afirman que el debido proceso prácticamente se quiebra porque la presunción de inocencia se hace a un lado con la finalidad de obtener una declaración por parte del investigado.

Por último, *“d) Igualmente se ha señalado el riesgo de privatización del Derecho penal, devaluando la función simbólica que éste representa.”*. (Arias) Las críticas orientadas a este aspecto defienden en un sentido tradicionalista, la esencia del Derecho Penal como punitiva y de disuasión de conductas.

Todas estas críticas como se indicó anteriormente, son meras observaciones doctrinales de la teoría de la Justicia Restaurativa, marcadas fuertemente por las percepciones individuales de los autores que las formulan. No son verdades demostradas ni problemas reales que deban tratarse para el perfeccionamiento del programa. Como puede verse, la mayoría de estos cuestionamientos tienden a conceptualizar la Justicia Restaurativa como contraria a lo que el Derecho Penal tradicional representa, en lugar de visualizarla como un instituto derivado de él y que le ayudaría a cumplir sus objetivos.

Por otra parte, también existen las críticas en lo concerniente al desarrollo práctico. Algunas de ellas han sido: *“a) Se ha criticado la preferencia por los procedimientos descentralizados e informales, generalmente guiados por un facilitador voluntario, lo que puede llevar a compromisos mayores que los derivados de la responsabilidad por el injusto culpable.”* (Arias).

A grandes rasgos, no hacer uso de los mecanismos penales de siempre, puede provocar, según los que sostienen esa crítica, un desbalance en los efectos derivados de la acción delictiva para con los involucrados.

b) Un aspecto que se ha objetado es la determinación del daño y su ámbito de cobertura, la Justicia restaurativa se basa en que el delito perjudica a las personas y las relaciones y que la justicia necesita la mayor subsanación del daño posible. Entonces, cabe preguntarse, ¿Qué debe entenderse por

daño? Es solo el daño material? ¿Debe incluirse el daño moral? ¿El daño es la afectación al bien jurídico? ¿Qué ocurre si las aseguradoras cubren el daño? (Arias).

Se sostiene que el “daño” como concepto se configura de forma compleja, por lo que no es adecuado que la Justicia Restaurativa lo minimice y le provea de una única capa. Tal y como establece el Derecho Civil, los daños causados a otro ciudadano pueden ser patrimoniales, morales o psicológicos. Estos dos últimos en particular, pueden no quedar completamente satisfechos por medio de lo que el ofensor tenga para ofrecer en un encuentro de naturaleza restaurativa.

c) Otro aspecto que ha sido cuestionado es el equilibrio de las cargas, a fin de evitar la imposición de la voluntad del más fuerte. Los procesos restaurativos no son ajenos a las diferencias derivadas del género, la etnia, la nacionalidad, la cultura, que pueden producir situaciones de desventaja a las partes del proceso. También puede ser que los procesos restaurativos estén destinados a determinados grupos de personas. (Arias).

Se parte del supuesto que las reuniones de Justicia Restaurativa al igual que una audiencia preliminar o un debate oral y público, debe de conducirse con objetividad, respetando las condiciones particulares de los presentes y sus raíces socioculturales. Sin embargo, esto es una obligación que debe ser atendida por los funcionarios judiciales en razón de su profesionalidad. Sucede entonces que si son personas comunes las que llevan las riendas del encuentro, sus prejuicios podrían eventualmente, llegar a ventilarse y afectar negativamente la dirección en la que se encamine el encuentro.

La Justicia Restaurativa por su parte, ha respondido a los cuestionamientos que se han emitido en su contra alegando que su premisa contribuye a mantener la paz entre las personas. Elemento que no necesariamente forma parte de las pretensiones del proceso penal y se suele percibir como una preocupación secundaria. Además, la colaboración de quienes se someten a la dinámica aporta mucho a desarrollar una convivencia pacífica y a trabajar con una visión constructiva en todo momento.

En lo que respecta a las posibles disidencias que puedan presentarse fruto de las condiciones personales de cada quién, y que no sean plenamente aceptadas por los demás participantes, los promotores de la Justicia Restaurativa han dicho que no hay motivos para que tales escenarios se presenten. Aunque el ofensor y el ofendido puedan ser gente común, el encuentro es guiado siempre por profesionales. Por ende, esos terceros estarán llamados a intervenir en caso de que el ambiente de repente se torne hostil.

## **CAPÍTULO 3: MARCO METODOLÓGICO**

### **ENFOQUE UTILIZADO**

Siendo que la problemática que se busca entender con la investigación que aquí ocupa es de una relevancia actual, deriva de un escenario moderno fruto de la aprobación de una ley muy reciente y resulta menester, conocer la opinión de terceras personas para así construir un panorama mucho más amplio sobre el tema en sí, el método elegido para la obtención de análisis y resultados será de naturaleza cualitativa de acuerdo con los lineamientos de Hernández Sampieri. Según señala este autor en su libro “metodología de la investigación”, se reconocen tres tipos de enfoques investigativos, cada uno con características propias. Por ejemplo:

Se fundamenta en un esquema deductivo y lógico, busca formular preguntas de investigación e hipótesis para posteriormente probarlas, confía en la medición estandarizada y numérica, utiliza el análisis estadístico es reduccionista y pretende generalizar los resultados de sus estudios mediante muestras representativas. (Hernández, 2003, p. 23).

La anterior definición se refiere a lo que viene siendo el método cuantitativo de investigación, pero se puede hablar también de métodos cualitativo “Se basa en métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y las observaciones” (Hernández, 2003, p. 6) y por supuesto, mixto “Representa el más alto grado de investigación o combinación entre los enfoques cualitativo y cuantitativo (...) Constituye el mayor grado de investigación entre los enfoques cualitativo y cuantitativo, donde ambos se combinan durante el proceso de investigación” (Hernández, 2003, pp. 21-22).

El enfoque mixto de investigación tal y como su nombre indica, basa la premisa en una mezcla de los elementos de estudio cualitativos y cuantitativos. Esto significa que los mecanismos de obtención de información se enfocarán, por un lado, en la extracción de datos de fuentes bibliográficas y por otro, de la obtención de los datos por medio de preguntas realizadas a personas que de alguna manera u otra, han mantenido contacto con los temas que aquí interesan.

La razón de elegir el método cualitativo es que la temática bajo estudio, por sus mismas características, facilita aproximaciones más teóricas que estadísticas. Primeramente, porque los conceptos como tales, son muy concretos y funcionales en la aplicación del Derecho Penal moderno, lo cual contribuye a que exista un rico desarrollo doctrinario que puede ser desglosado (y no solamente a nivel doctrinario, sino también jurisprudencial y normativo).

Por otra parte, al basarse una importante parte de las preguntas de investigación en una situación que no ha sido recogida por los medios bibliográficos aludidos, ni existen registros especiales que acrediten la relación o no entre conceptos, necesariamente habrá que acudir a las opiniones o criterios técnicos que estén en capacidad de emitir los profesionales que conocen la materia o bien, las personas que se han visto beneficiadas si fuese posible ubicar a algunas de ellas.

Sin embargo, estas circunstancias por sí mismas, no son suficientes para categorizar el enfoque investigativo como cuantitativo por cuanto la información que se obtenga, servirá apenas para sostener la premisa principal que ya habrá de delimitar el acercamiento cualitativo.

## **MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN**

Básicamente categorizamos las muestras en dos grandes ramas: las muestras no probabilísticas y las muestras probabilísticas. En estas últimas todos los elementos de la población tienen la misma posibilidad de ser escogidos y se obtienen definiendo las características de la población y el tamaño de la muestra y por medio de una selección aleatoria o mecánica de las unidades de análisis. (Hernández, 2003, p. 241).

La información que se pretende estudiar, será obtenida a través de una muestra cuidadosamente seleccionada de personas que poseen conocimientos vastos sobre la figura en estudio. Para tales efectos, se espera constituir la muestra con al menos dos profesionales, sin perjuicio de trabajar posteriormente con una cantidad más grande si las condiciones lo permitiesen, y se presentara la oportunidad de hacerlo así.

Evidentemente, la idea detrás de esta iniciativa es localizar personas que puedan emitir un criterio lo suficientemente completo para extraer de él, datos e información que

contribuyan a dar solución a las interrogantes planteadas en los objetivos de la presente investigación.

Bajo esa tesitura, adquiere sentido la realización de interrogantes a personas que han vivido la celebración de reuniones restaurativas para que puedan ofrecer su testimonio y el mismo sea debidamente documentado. Ante la ausencia de material suficiente por tratarse de un acontecer novedoso, resulta de suma utilidad direccionar la interacción con una muestra, hacia ese rumbo determinado.

Por último y en atención a lo dispuesto por Hernández Sampieri párrafos atrás, puede decirse que las muestras en este trabajo revestirán un carácter probabilístico.

### **UNIDADES DE ANÁLISIS**

Por lo tanto, para seleccionar una muestra, lo primero que hay que hacer es definir la unidad de análisis (personas, organizaciones, periódicos, comunidades, situaciones, eventos, etc.). El sobre que o quienes se van a recolectar datos depende del planteamiento del problema a investigar y de los alcances del estudio. Estas acciones nos llevarán al siguiente paso, que consiste en delimitar una población. (Hernández, 2003, p. 236).

Siendo que se está ante una investigación de enfoque cualitativo, es de suma importancia identificar las principales unidades de análisis desde las cuales se van a impulsar todas las posteriores diligencias investigativas. Estas unidades revisten como función primordial, otorgar un sustento y contenido al estudio como tal y se extraen a partir de los objetivos que ya fueron planteados con anterioridad. Bajo esa tesitura se pueden delimitar tres unidades de análisis:

- La aceptación de culpabilidad como un fenómeno real y controvertido en el proceso penal y las consecuencias que de ello pueden o no, derivar.
- La Justicia Restaurativa como un elemento aparte por categorizar.
- Principios constitucionales de legalidad e inocencia que dan sustento a la premisa del proceso en sí.

Vale destacar que Hernández Sampieri adicionalmente, esclarece una diferencia notable en lo que se entiende por unidades de análisis y unidades muestrales por otro lado. En sus palabras:

Muestrear por racimos implica diferenciar entre la unidad de análisis y la unidad muestral. La unidad de análisis indica quienes van a ser medidos, o sea, los participantes o casos a quienes en última instancia vamos a aplicar el instrumento de medición. La unidad muestral (en este tipo de muestra) se refiere al racimo por medio del cual se logra el acceso a la unidad de análisis. El muestreo por racimos supone una selección en dos etapas, ambas con procedimientos probabilísticos. En la primera, se seleccionan los racimos, siguiendo los pasos ya señalados de una muestra probabilística simple o estratificada. En la segunda, y dentro de estos racimos, se selecciona a los sujetos u objetos que van a medirse. Para ello se hace una selección que asegure que todos los elementos del racimo tienen la misma probabilidad de ser elegidos. (Hernández, 2003, p. 250).

## **PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN**

Elementos de medición como la ya mencionada entrevista son los más apropiados en una investigación de este tipo porque permiten una aproximación lo suficientemente exacta a las nociones más humanas del tema que no siempre pueden ser deducidas con base en la doctrina pura.

## **VIABILIDAD**

La viabilidad del proyecto se basa, primeramente, en la inexistencia como tal de un estudio precedente que haya propuesto este enfoque en especial. La ausencia de un trabajo que combine dentro de una misma propuesta los dos conceptos que se han analizado profundamente hasta este momento da espacio para que con la recolección de fuentes bibliográficas que tomó lugar, se pueda elaborar un análisis comparativo lo suficientemente vasto entre los términos y conceptos que fueron presentados desde un inicio.

Además, la gran cantidad de jurisprudencia que puede encontrarse respecto a los delitos mencionados y las nutridas fuentes de referencia en tesis de universidades

reconocidas que aluden directa o indirectamente a las otras dos concepciones, pueden dar mucho de qué hablar si se les encamina en una dirección provechosa y se identifican claramente los principales yerros y virtudes que poseen.

## **CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE RESULTADOS**

Habiéndose llevado a cabo las entrevistas, se procederá en el presente capítulo con el respectivo análisis de lo recolectado. En este caso particular, por la naturaleza del tema de investigación, no se elaborará ningún tipo de gráfico para acomodar los datos e ilustrar un escenario puesto que, no se está buscando cuantificar nada. La discusión que alimenta este trabajo es más bien de carácter doctrinal o incluso de repente, puede llegar a poseer algún tipo de matiz filosófico si se profundiza lo suficiente.

La entrevista realizada constó de cinco preguntas (Apéndice 1) construidas con base en las interrogantes planteadas con los objetivos del trabajo. Se mantuvo el cuestionario sencillo en razón de que, la cuestión que se busca delimitar es muy concreta y, por ende, idear una mayor cantidad de preguntas podría resultar en redundancia y relleno innecesario. Sin embargo, si se procuró que las elegidas finalmente fueran claras y concisas, pero a la vez, completas con el fin de que las respuestas conseguidas, fungieran eventualmente como material de apoyo para la formulación de conclusiones (capítulo 5).

Se consiguió finalmente, entrevistar a dos profesionales del Poder Judicial que desempeñan labores relacionadas con la Justicia Restaurativa. La Máster Ana Yancie Umaña Moreira (Fiscal de impugnaciones del II Circuito Judicial de San José) y la Licenciada Michelle Mayorga Agüero (de la Dirección Nacional de Justicia Restaurativa). Mientras que a la primera se le pudo interrogar personalmente en su oficina en Goicoechea, con la segunda no fue posible. No obstante, aceptó recibir el cuestionario por correo electrónico y contestarlo por ese mismo medio.

Básicamente, el enfoque de la entrevista es de opinión. Aún así, algunas preguntas están dirigidas al funcionamiento del programa de Justicia Restaurativa y, sus implicaciones y composición real. La necesidad de realizar los cuestionamientos a profesionales de la materia es que, por la utilización de términos técnicos desconocidos para la población general, y que el problema que se busca resolver, es más una discusión jurídica que una situación estadística, solamente estas personas podrán ofrecer un criterio realmente satisfactorio para fines investigativos.

En el mismo sentido, la cantidad se limitó a dos porque no siempre resulta fácil, encontrar a personas que, por su experiencia y conocimientos en el tema, se encuentren

facultadas para dar una opinión lo suficientemente completa. Debe recordarse que, al menos en territorio costarricense, el tema en estudio no es demasiado antiguo. Además, ya en el capítulo tres de este proyecto, se había establecido que la muestra con la que se trabajaría sería de un mínimo de dos personas. Aunque se valoró la posibilidad de trabajar con un tercer criterio, finalmente se descartó por no poderse, coordinar la reunión con el profesional. En todo caso, se considera que para la problemática que se busca resolver aquí, dos criterios son suficientes para desarrollar comparaciones, buscar puntos en común y resaltar disidencias.

Establecido lo anterior, se inicia a partir de acá, el análisis de los resultados arrojados por las mencionadas entrevistas; La primera pregunta que se formuló, tiene que ver con el conflicto que se considera (de acuerdo a la justificación de esta investigación), se presenta entre la declaración del ofensor, y la procedibilidad del programa de Justicia Restaurativa, en tanto, el requisito podría sentirse como una “coacción” para este con tal de aspirar a un beneficio. Adicionalmente, la interrogante plantea si puede o no suceder que, para evitar llegar a juicio, la persona investigada admita los hechos a pesar de que sean falsos como consecuencia, de la presión ejercida sobre ella.

Tanto la Licda. Michelle como la Msc. Ana Yancie comparten el criterio de que no. Ni existe coacción, ni se está violentando ningún derecho del ofensor al proponérsele esta posibilidad. Como bien menciona la Msc. Ana Yancie, la Justicia Restaurativa es una opción más dentro del proceso penal, pero, al encontrarse “conectada” a este, debe respetar las mismas reglas y tener presentes, todas las garantías inherentes tanto al ofensor como a la víctima. El sometimiento a este programa es, por lo tanto, completamente voluntario y las partes están en total libertad, de rechazar su adherencia al mismo.

También se deja entrever por lo que comentan las profesionales, que el programa Restaurativo no gira exclusivamente alrededor de la persona ofensora, sino que, da igual importancia a lo que todas las partes tengan que manifestar y, toma en cuenta, las expectativas individuales de cada una.

En lo concerniente al asunto de aceptar someterse al programa para “acortar” el proceso, la Licda. Michelle agrega que; *“Por otra parte, es oportuno señalar que el proceso restaurativo no busca una terminación anticipada del proceso o la evitación de la*

*prisión, sino que la persona ofensora asuma responsablemente sus acciones, reconozca el daño causado y proponga la forma de repararlo.”* Es decir, la intención de la Justicia Restaurativa es notablemente diferente a la del proceso ordinario, y esa es una concepción que mucha gente, incluidos profesionales en Derecho, no asimilan enteramente al día de hoy.

La segunda pregunta, cuestiona directamente sobre las ventajas de aplicar la Justicia Restaurativa en comparación, con la aplicación clásica de medidas alternativas (entiéndase, suspensión del proceso a prueba, conciliación y reparación integral del daño. Todas ya desarrolladas en el capítulo dos del presente trabajo). Específicamente, se busca saber qué ventajas a nivel de resocialización para con el imputado u ofensor según sea el caso, ofrece cada uno de estos institutos.

La Msc. Ana Yancie opina respecto a esto que, la principal diferencia radica en el seguimiento que se le otorga al ofensor una vez que se ha acordado el plan reparador. En Justicia Restaurativa se da la presencia de un mayor control que en el procedimiento ordinario. Las medidas alternativas como tales no varían. Hay suspensión del proceso y conciliación tanto en Justicia Restaurativa como en la vía ordinaria y en esencia, funcionan igual. Sin embargo, en esta última simplemente se establecen las condiciones, y se espera que el imputado las cumpla.

El enfoque restaurativo ofrece en cambio, una “vigilancia” por parte de las autoridades para asegurar que el ofensor no descuide las obligaciones impuestas y, asimismo, muestra mayor flexibilidad para comprender las circunstancias adversas en su vida personal que le hayan dificultado cumplir con lo acordado. No es entonces, una vigilancia intimidante o que se sienta como una amenaza. Más bien, es una ayuda permanente durante el período de prueba para evitar, que el ofensor se continúe perjudicando a sí mismo y a otros.

La Licda. Michelle por otro lado, opina que, la diferencia se puede encontrar en el acercamiento más humanitario y menos estigmatizante que ofrece la Justicia Restaurativa. No se percibe al ofensor como un delincuente, sino como una persona (en el procedimiento ordinario, tampoco es ético tratar al imputado como un “delincuente”, pero, por haber una acusación en su contra y, un ambiente de confrontación, resulta inevitable que suceda).

La tercera pregunta formula puntualmente, si el reconocimiento de los daños (en ese punto, aún no demostrados) puede constituir una violación al principio de presunción de inocencia. La Msc. Ana Yancie considera que no, por cuanto según lo establecido en su respuesta a la pregunta dos, las medidas alternas en Justicia Restaurativa no difieren de las utilizadas en la vía ordinaria. Entonces, si en el procedimiento ordinario no se violenta el principio de inocencia del imputado, y, tales medidas deben apegarse a unos requisitos particulares, por analogía, en Justicia Restaurativa tampoco se da la contradicción.

La Licda. Michelle por su parte, establece que, no es lo mismo reconocimiento del daño y aceptación de los hechos y esto, es una distinción que se debe de tener clara, a efectos de responder la interrogante planteada. Aceptar los hechos es necesario para que el imputado pueda obtener un beneficio procesal. Por ello, es algo que le produce utilidad al encartado específicamente. El reconocimiento de daños en cambio, parte de una “concientización” (en palabras de la entrevistada) del ofensor, y de una disposición genuina de responder por ellos. Por lo tanto, influye en todos los involucrados.

Habiendo despejado este detalle, la licenciada alega que no se violenta de ningún modo el principio de inocencia porque, el reconocimiento deviene en voluntario al cien por ciento. Bajo esa tesitura, se podría entonces decir que es menos probable incluso, una afectación a dicho principio en Justicia Restaurativa, que en el proceso ordinario (en donde en todo caso, ya se ha establecido que tampoco se violenta).

La cuarta pregunta, refiere a la estipulación constitucional de no declarar contra sí mismo si no se desea hacerlo. En el planteamiento de la pregunta se utiliza el término “flexibilizar” como ejemplo. Textualmente es: ¿Considera que, en los casos de Justicia Restaurativa, se flexibiliza una disposición constitucional como lo es el derecho a no declarar contra sí mismo? En caso afirmativo o negativo, fundamente su respuesta.

La Msc. Ana Yancie mantiene su posición de que no se violenta lo contenido en la Constitución Política y, añade que los principios constitucionales no se pueden “flexibilizar”. Son sólidos y de acatamiento obligatorio. Por ende, en los casos de Justicia Restaurativa, no se aplica de manera diferente, la garantía de no declarar, en comparación a como se aplica en otros escenarios.

Ana Yancie expone que, en Justicia Restaurativa, convergen otros elementos que contribuyen al resguardo de las garantías constitucionales. Uno de los aspectos más llamativos, es la confidencialidad de la reunión, la cual evita exponer a sus participantes, y les confiere un ambiente propicio para expresar apreciaciones. En sus propias palabras:

*“no infringe ningún aspecto del principio de inocencia de la persona por eso, porque existe una confidencialidad. Si ves el programa de Justicia Restaurativa, dentro tanto del programa (...) y la forma en que se aplica la Justicia Restaurativa en materia penal, se establece precisamente que esa audiencia es confidencial, por eso no hay registro de la misma. Eso no está dentro del expediente y por eso no se violenta ningún derecho de las partes. No solo del imputado, sino de las partes. (...) ¿Por qué? Porque el modelo restaurativo también saca muchos sentimientos.”.*

La Licda. Michelle hace una separación nuevamente entre reconocimiento de un daño y aceptación de unos hechos tal y como lo hizo con la respuesta tres. Siendo que el derecho fundamental de no declarar se refiere específicamente a que el imputado no está en la obligación de “aceptar unos hechos”, eso automáticamente dejaría por fuera el reconocimiento de un daño, y lo clasificaría como una actuación aparte y no relacionada. En consecuencia, es imposible que haya una violación a ese derecho por medio de un reconocimiento de daños ya que, ni siquiera es lo que indica expresamente la Constitución.

Por último, la pregunta cinco da un poco de protagonismo al principio de legalidad. Lo que se busca entender con esta interrogante, es lo mismo. Si el derecho de no referirse a unos hechos acusados (o en el caso de Justicia Restaurativa, a un supuesto daño ocasionado) atenta ya no contra el principio de inocencia, sino contra el de legalidad. Esto bajo la lógica de que, de acuerdo a lo que reglamenta el Código Procesal Penal, la procedencia de cualquier medida alterna debe apegarse a la totalidad de las garantías fundamentales de las personas.

Ambas entrevistadas vuelven a coincidir en que no hay afectación alguna. La Msc. Ana Yancie lo fundamenta en el sentido de que, al emplearse las mismas medidas alternas del procedimiento ordinario (no existe tal cosa como medidas alternas exclusivas de Justicia Restaurativa), no se contradice ninguna disposición constitucional porque ya se ha determinado, que en la vía ordinaria tales medidas están totalmente ajustadas a Derecho.

La Licda. Mayorga reitera que, en el procedimiento restaurativo, no se da la presencia de ningún tipo de manipulación hacia la persona que ocasionó el daño, y que esta, tiene acceso desde el principio a toda la información y asesoría técnica necesaria. Con ello, se descarta cualquier violación teórica del principio de legalidad.

## **CAPÍTULO 5: CONCLUSIONES**

Luego de haber recolectado y analizado meticulosamente, una cantidad considerable de bibliografía, y de haber realizado las entrevistas aludidas en el capítulo tres, se cuenta ya con una comprensión más vasta del tema que permite, emitir un criterio razonable y, dar respuesta a las dudas planteadas al inicio de esta investigación.

Primeramente, con respecto a los objetivos específicos; como se estableció en su momento, analizar la Ley de Justicia Restaurativa de Costa Rica era esencial para entender el tema que aquí ocupa. Se pudo comprobar que, el método de resolución de conflictos que ofrece esta normativa se ha demostrado eficaz, posiblemente de hecho, más de lo que las medidas alternas comunes y los procedimientos especiales lo han hecho con anterioridad.

Una de las razones principales que motivan este éxito, es el enfoque con el que se maneja este tipo de justicia y que, al principio de la investigación, aún no se tenía muy claro. Como se pudo constatar por medio de los cuestionarios, y de los interesantes comentarios ofrecidos por las entrevistadas, las medidas alternas que se usan en el procedimiento ordinario y en Justicia Restaurativa no difieren. Difiere únicamente, la óptica bajo la cual se aplican. Aunque en ambos casos, se le dé al sujeto la oportunidad de modificar su comportamiento, verle con desconfianza o, verle como alguien que necesita ayuda es clave para esperar resultados distintos o bien, una mayor tasa de efectividad en alguno de los dos escenarios.

Se pudo constatar que el programa de Justicia Restaurativa tiene más de seis años de funcionamiento y, para delimitar el éxito en un sentido cuantitativo, el Poder Judicial ya ha mencionado por medio de la publicidad alusiva al programa, que, por ejemplo, de la totalidad de los usuarios que hacen uso de este, un 96% se muestra satisfecho con el servicio y con los resultados obtenidos, y que, de 1050 reuniones llevadas a cabo, 1008 terminan con un acuerdo.

Además, se estiman las donaciones a víctimas en un monto de 46.762.400 colones y el servicio a la comunidad brindado por ofensores en 51.559 horas (Sección de Estadísticas. Dirección de Planificación. 2017. Poder Judicial). Como se puede observar, el programa es sumamente efectivo y, puede decirse que, tal efectividad es el producto de su planteamiento

sólido, su estructura fuerte y, la calidad con la que todos estos elementos se conjugan para finalmente, traducir en la práctica, un método funcional de resolución de conflictos.

En cuanto a los mecanismos alternos de resolución de conflictos, se hizo el análisis de cada uno a grandes rasgos, y se complementó con el tema de las medidas alternas en Derecho Penal. Se debe de tener claridad sobre los supuestos en que se pueden presentar tales mecanismos ya que, usualmente, se desarrollan fuera del proceso oficial (casos de arbitraje, por ejemplo). Las medidas alternas, se pueden considerar como una vía alternativa (valga la redundancia) dentro del proceso. No necesariamente tomarán lugar, aunque se presenten las circunstancias idóneas. Por ende, si se prescinde de ellas, no se afecta para nada, el debido proceso.

Como tercer objetivo específico, se acordó profundizar en los principios de inocencia y legalidad aplicados al Derecho Penal. En realidad, como se pudo comprobar en el desarrollo del marco teórico, estos principios no son autónomos porque, derivan directamente junto a muchos otros, del principio general del debido proceso, siendo este, el más importante dentro de la materia penal. Aunque ya desde el título de este trabajo, se eligió legalidad e inocencia, cabe resaltar que, todos los sub principios, se complementan recíprocamente y, funcionan como un todo (acceso a la justicia, juez regular, sentencia justa, entre otros).

Ahora bien, pasando a lo que fue el objetivo principal que motivó esta investigación, entiéndase, la determinación de si el reconocimiento de daños para optar por las medidas alternas en Justicia Restaurativa es contradictorio con los principios de inocencia y legalidad, la conclusión es que no. No existe tal irregularidad. Para arribar a este resultado, influyeron considerablemente varios factores derivados de la recolección de datos y su estudio posterior. Empezando por las fuentes bibliográficas; al tener la oportunidad mediante este trabajo, de colocar lado a lado, dos figuras en principio diferentes (Justicia Restaurativa y proceso penal ordinario), y determinar mediante minucioso análisis de cada una que, en realidad, tienen más en común de lo que parece a simple vista, se entiende que naturalmente, las regulaciones de ambas convergen en cierto punto.

Las medidas alternas en el proceso penal, así como los procedimientos especiales encuentran su nicho normativo en el Código Procesal Penal, mientras que, las disposiciones referentes a Justicia Restaurativa, poseen su propia ley (9582). Esto, sin embargo, no obstaculiza que los mismos principios les den sostén. Por un lado, los principios constitucionales son de acatamiento obligatorio en todas las ramas del Derecho y consecuentemente, en las diligencias que se conozcan amparadas por el mismo.

Por otro, los principios del Derecho Penal están presentes también en los dos supuestos porque, la Justicia Restaurativa no es una materia en sí misma. Es un instituto que, si bien por sus características, puede llegar a utilizarse provechosamente en casi todas las ramas del Derecho, por el momento, su presencia se ha destacado especialmente en materia penal.

En ese sentido, al esclarecer que, en el procedimiento ordinario penal, no se violenta el principio de inocencia ni el de legalidad al aceptar el imputado los hechos para someterse a una medida alterna, por adhesión, tampoco ocurre en el procedimiento de Justicia Restaurativa. En este último, no se da la presencia de ningún factor adicional para validar la procedencia de la medida alterna. Igual que en la vía ordinaria, se necesita la aprobación del ofensor, y su aceptación de participación en el hecho investigado.

Como se vio en su momento en el capítulo dos, la Sala Constitucional ya se ha referido a la posible inconstitucionalidad del artículo 25 del Código Procesal Penal (Suspensión del procedimiento a prueba) en relación con el artículo 36 de la Constitución Política (derecho a no declarar contra sí mismo), resolviendo que, no existe un conflicto entre esos dos numerales. De hecho, el criterio se reitera en varios votos bajo la fundamentación, de que el sometimiento a una suspensión del proceso es voluntario, por lo que, no se está exigiendo al imputado que declare para continuar.

Si se habla de Justicia Restaurativa, este asunto se maneja bajo la misma idea. Al ofensor se le ofrece la posibilidad de recurrir al programa, pero, de nada servirá querer llevar el caso por ese camino, si el ofensor no manifiesta su anuencia. No hay entonces, ningún tipo de presión externa sobre sus decisiones. Además, como se pudo constatar al estudiar el ciclo del procedimiento restaurativo, el sujeto debe cumplir con un perfil especial a efectos de ser un “candidato” al programa.

No a todas las personas contra las que se sigue una causa penal, se les formulará la propuesta y, entre las condiciones que se debe de poseer para ello, se cuentan rasgos psicológicos y de personalidad. Siendo que se determinará en esta etapa por medio de un equipo psicosocial, la condición mental del sujeto y, si está en perfecta capacidad de entender lo que acontece, sus implicaciones y en qué consistirá la dinámica restaurativa a seguir, no hay motivos reales para suponer que su voluntad se encontrará viciada al momento de aceptar el daño ocasionado. No está de más indicar, que la Justicia Restaurativa no se aplica para todos los delitos, sino que existe un catálogo previamente determinado por el Ministerio Público, con base en su política de persecución, a los cuales se les podría aplicar el procedimiento restaurativo.

El elemento con el cual, se validan las condiciones descritas en el párrafo anterior para proceder con la reunión restaurativa es, básicamente, el consentimiento informado. Al ofensor (al igual que los demás sujetos) se les proporciona toda la información pertinente de lo que ocurre e hipotéticamente, podría ocurrir o se tratará de conseguir mediante el futuro encuentro. Es fundamental que, los sujetos emitan el consentimiento luego de haber comprendido claramente esta información.

Otro aspecto interesante que se obtuvo de la investigación, y que, contribuye a fortalecer el criterio que aquí se está defendiendo, fue proporcionado por la Licda. Michelle Mayorga en la entrevista que se le concedió. Ella afirma que existe una diferenciación conceptual entre reconocimiento del daño y declaración o aceptación de los hechos. Este detalle es primordial y, llama poderosamente la atención porque, durante el desarrollo del marco teórico, no se había visualizado. No se leyó sobre ello en el material de apoyo, ni se intuyó en ese momento siquiera sobre tal posibilidad.

La aceptación de los hechos pertenece al procedimiento abreviado. Optar por esta modalidad implica para el imputado, reconocer lo expuesto por el Ministerio Público, es decir, aceptar los hechos tal y como son acusados. Cuando el imputado se somete a un procedimiento abreviado, por ejemplo, admite que las acusaciones en su contra son verdaderas, y que, habiendo despejado esa presunción, está dispuesto a optar por un beneficio procesal.

En Justicia Restaurativa, no obstante, lo que se requiere del ofensor, es un reconocimiento de daños causados. No es una declaración debido a que, el sujeto no se está refiriendo puntualmente a los hechos que constan en una acusación o en una querrela o incluso, en una acción civil resarcitoria. Es algo mucho más simple que eso. Al ofensor se le informa que su actuar, le provocó un menoscabo a otra u otras personas y que, como consecuencia de ello, ha adquirido una responsabilidad con la sociedad. Una responsabilidad de responder por ese daño a fin de reestablecer la paz comunitaria.

Una vez que se asimila esta última noción, queda en evidencia que, técnicamente, el reconocimiento del daño no es el tema tratado en el artículo 36 constitucional. Por lo tanto, no es ni siquiera adecuado establecer la relación con él, cuando se habla del programa restaurativo. En todo caso, si alguien interpretara el artículo citado y, alegara que también estipula el reconocimiento del daño, no habría de todas maneras, una contradicción con el requisito en cuestión, para optar por las medidas alternas. Esto por los motivos que, ya se expusieron detalladamente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### LIBROS

- Bacigalupo E. (1989) Estudios del Derecho Penal y Política Criminal. Cardenas Editor y Distribuidor. México.
- Bernal Acevedo F. Castillo Vargas S. (2006). Justicia Restaurativa Acercamientos Teóricos y Prácticos. Congreso de Justicia Restaurativa. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ). San José, Costa Rica.
- Cervantes Villalta É. (2008). Colecciones Derecho y Justicia Derecho Procesal Penal. Poder Judicial de Costa Rica, Escuela Judicial.
- Herencia Carrasco S. El Derecho de Defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.
- Hernández Sampieri R. (2003) Metodología de la Investigación. Quinta Edición. Mc Graw Hill.
- Hombrado Trenado J. Justicia Restaurativa, el papel del Criminólogo en el ámbito de la mediación penal en justicia juvenil. Universidad de Barcelona. Recuperado de: [http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/95820/1/TFG\\_Jaume%20Hombrado.pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/95820/1/TFG_Jaume%20Hombrado.pdf)
- Jescheck H. (1978) Tratado de Derecho Penal Tomo I – II. Casa Editorial S.A. Barcelona.
- Llobet Rodríguez J. (2006) Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado) Tercera Edición. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica.
- Rodríguez Devesa J.M. (1979) Derecho Penal Español Parte General. S.L. - DYKINSON. España.
- Rodríguez Rescia V.M. El Debido Proceso Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Vélez Mariconde A. (1982) Derecho Procesal Penal Tomo I. Marcos Lerner Editora Córdoba SRL. Argentina.
- Wright M. (1996). Justice for Victims and Offenders A Restorative Response to Crime. Waterside Press, Winchester.

- Zehr H. (2010) El pequeño libro de la Justicia Restaurativa. Good Books. Estados Unidos.

## TESIS

- Brower de Koning J. (2013) Los efectos de la suspensión del juicio a prueba en relación a las penas privativas de libertad.
- Flores Ruíz I. Irola Soto A. (2017) El acuerdo de elección de foro en el Sistema Jurídico Costarricense. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho.
- Herrera Camareno D. (2017) Viabilidad de la aplicación de la Justicia Restaurativa en la Fase de Ejecución de la Pena. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho.
- Hidalgo Porras N. (2012) La Justicia Restaurativa como expresión del principio de última ratio de la pena en un marco de protección de los Derechos Humanos. Universidad Estatal a Distancia. San José, Costa Rica.
- Mayorga Agüero M. (2009) Justicia restaurativa ¿Una nueva opción dentro del sistema penal juvenil? Incorporación de los principios restaurativos dentro del proceso penal juvenil costarricense. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho.
- Peraza Retana D. (2010) La utilización de la Suspensión del Proceso a Prueba dentro de la Etapa de Juicio en materia Penal Juvenil en el 2008. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho.
- Pizarro García K.A. Soto Brenes G. (2015) Efectividad de la Justicia Restaurativa en el Proceso Penal Juvenil Costarricense: Estudio de casos en los Juzgados Penales Juveniles de Cartago y Liberia en el año 2013. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Recuperado de: [http://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/karina\\_alexandra\\_pizarro\\_garcia\\_-\\_gloriana\\_soto\\_brenes\\_tesis\\_completa1\\_154.pdf](http://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/karina_alexandra_pizarro_garcia_-_gloriana_soto_brenes_tesis_completa1_154.pdf)
- Triviño Téllez M. (2002) La presunción de inocencia como principio básico del nuevo Código Procesal Penal. Universidad Austral de Chile.

- Villalobos Carrillo L. (2013) El principio de la lesividad en el artículo 254 bis y su modificación hasta convertirse en el numeral 261 bis del Código Penal costarricense y la posible inconstitucionalidad que en este se genera, análisis de la figura del comiso. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho.

## ARTÍCULOS

- Arias Madrigal D.M. La Justicia Restaurativa: Del paradigma mecanicista al paradigma holístico e integrador.
- De la Fuente D. (2008) Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Lex Nova N° 23.
- Gómez Cortés M.E. Sojo Picado G. (2003) La Reparación Integral del Daño. Centro de Información Jurídica en línea. Universidad de Costa Rica.
- Landaverde M. (2015) La Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. Recuperado de: <https://enfoquejuridico.org/2015/07/01/la-suspension-condicional-de-la-ejecucion-de-la-pena/>
- Llobet Rodríguez J. (2011) Justicia Restaurativa y Garantías en la Justicia Penal Juvenil.
- Márquez Cardenas A. (2009) La Doctrina Social sobre la Justicia Restaurativa. Prolegómenos, Derechos y Valores, Vol XII, N° 24.
- Pérez Saucedo J. Saragoza Huerta J. Justicia Restaurativa: Del Castigo a la Reparación.
- Pulido Valero R. ¿Es la Justicia Restaurativa una opción real? Análisis comparativo de dos programas de mediación con menores infractores. Revista de Mediación N° 1. Recuperado de: <https://revistademediacion.com/articulos/es-la-justicia-restaurativa-una-opcion-real-analisis-comparativo-de-dos-programas-de-mediacion-con-menores-infractores/>
- Jiménez Bolaños J. (2015) Breve Análisis de la Justicia Restaurativa. Revista de Ciencias Jurídicas N° 136.
- Mccold P. (2013) La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias. Delito y Sociedad Vol. 22, No. 36. Recuperado de: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2468-99632013000200001](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2468-99632013000200001)

- Villalba G. (2017) Orígenes del Derecho a no declarar contra sí mismo y su garantía. Revista de Derecho Procesal Penal N° 12. Argentina. Recuperado de: [http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=a0e4326340e31168a28db849ba0e7bf5&hash\\_t=6e589322dfa976ef824c209af4637279](http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=a0e4326340e31168a28db849ba0e7bf5&hash_t=6e589322dfa976ef824c209af4637279)

## **LEYES**

- Código Civil de Costa Rica. N° 63
- Código Penal de Costa Rica. N° 4573.
- Código Procesal Penal de Costa Rica. N° 7594.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Constitución Política de Costa Rica.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio).
- Ley de Justicia Restaurativa. N° 9582.

## **JURISPRUDENCIA**

- Caso Herrera Espinoza y otros vs Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 01 de septiembre de 2016.
- Sentencia N° 10354. Sala Constitucional de Costa Rica. 30 de octubre de 2002.
- Voto 02404-1998. Sala Constitucional de Costa Rica.
- Voto 1739-92. Sala Constitucional de Costa Rica.
- Voto 1998-04864. Sala Constitucional de Costa Rica.
- Voto 1999-02624. Sala Constitucional de Costa Rica.

## APÉNDICES

### APÉNDICE A

(CUESTIONARIO PARA ENTREVISTA).

1- ¿Piensa que podría haber algún tipo de presión indirecta sobre el ofensor para que este reconozca su participación en unos hechos (que pueden ser falsos) al ofrecerle con ello, la promesa de una terminación anticipada del proceso y la evitación de la pena de prisión por medio de la Justicia Restaurativa?

2- ¿Cuáles son las principales ventajas que ofrece la Justicia Restaurativa en el tratamiento del delito y resocialización del delincuente en comparación con el uso de las medidas alternas clásicas en Derecho Penal (suspensión del proceso a prueba, conciliación y reparación integral del daño)?

3- Aunque el reconocimiento de hechos no pueda ser utilizado como prueba si la reunión restaurativa no prospera, ¿no considera que al basar la procedencia del arreglo en que la persona investigada admita su participación en unas actuaciones que no se han demostrado plenamente, se atenta contra el estado de inocencia?

4- ¿Considera que, en los casos de Justicia Restaurativa, se flexibiliza una disposición constitucional como lo es el derecho a no declarar contra sí mismo? En caso afirmativo o negativo, fundamente su respuesta.

5- Al manipular esta garantía inherente a todo ser humano, ¿no se estaría afectando también el principio de legalidad en su esfera procesal? Esto siendo que el Código Procesal Penal es claro al indicar que, para someter a alguien a una pena o una medida de seguridad, se deben respetar estrictamente las garantías, facultades y derechos previstos para las personas.

## APÉNDICE B

(ENTREVISTA TRANSCRITA REALIZADA PERSONALMENTE A LA MSC. ANA YANCIE UMAÑA MOREIRA, FISCAL DE LA FISCALÍA ADJUNTA DE IMPUGNACIONES DEL II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ Y FUNDADORA DEL PROGRAMA DE JUSTICIA RESTAURATIVA).

- 1- Sí, bueno, muchas gracias por la entrevista. Considero que no. Este es un procedimiento total y absolutamente voluntario. Se hace de previo un tamizaje que precisa varias condiciones; Que de las pruebas y del expediente, se determine cierto grado de responsabilidad, o sea, el grado de probabilidad necesario para realizar un acto conclusivo, verdad. Que usted como fiscal ya vaya orientado a eso, entonces se hace un análisis previo, o sea, un tamizaje previo. Cuando eso va a análisis de la defensa y de las partes involucradas, se da precisamente para que la persona tenga esa oportunidad de terminar el proceso de manera anticipada. En ningún momento considero que existe una presión o, que el defensor se sienta obligado a ello, verdad. (...) No, porque volvemos a lo mismo. El terminar el proceso anticipadamente no solo favorece al ofensor, sino a la víctima también. Entonces, es un efecto recíproco de terminar el proceso porque aquí, no es solamente que el imputado acepte, sino que también la víctima esté de acuerdo con el procedimiento.
  
- 2- La Justicia Restaurativa parte de un principio fundamental; Alto control, alto apoyo. ¿Esto que es? Yo me someto a ciertas medidas, pero tengo un alto apoyo, diferente a un proceso común y corriente ¿por qué? Porque en el programa Justicia Restaurativa que tiene el Poder Judicial, se tiene un enfoque de seguimiento. No es lo mismo hacer una suspensión del proceso a prueba en la vía ordinaria, y hacer una suspensión del proceso a prueba en el programa Justicia Restaurativa. Hay varias cosas ahí importantes. En primer lugar, se resarce integralmente a la víctima. En segundo lugar, hay también una compensación para la persona que se somete al procedimiento, es decir, el mismo imputado recibe apoyo. Si el hecho lo cometió bajo los efectos de la droga, se le manda al IAFA. Si lo cometió bajo efectos del licor, se le manda a atención de alcohólicos anónimos y hay un seguimiento de eso.

Entonces, se da uno cuenta cuando se incumple, y se le llama a una reunión restaurativa para decirle: “Mire, ¿usted por qué está incumpliendo esto? ¿qué es lo que pasa?”. En muchos casos, se ha abordado incluso en la familia de manera integral para que, el imputado cumpla las condiciones a las cuales se sometió. Incluso para la víctima también, o sea, como te digo, es un balance entre las dos partes y esto también trae un factor importante. No solo porque se termina el proceso antes, sino porque también no hay económicamente, un ahorro importante en terminar un proceso así. Pero, el ahorro se compensa con la calidad de la reparación o del arreglo al que se llegue. Entonces, el seguimiento si es totalmente diferente al seguimiento que se da en la vía ordinaria. En la vía ordinaria no hay seguimiento de nada. (...) A veces el imputado no aparece. A veces, el imputado no se sabe en donde está y nunca cumplió. Y resulta que usted lo encuentra allá en los Chiles, que tuvo que ir a trabajar allá a los Chiles y que no cumplió por eso. Porque tuvo que irse a trabajar. Porque se le murió un hijo, porque se le murió la esposa, se divorció... Tantas circunstancias que lo hicieron incumplir, ¿y qué pasa aquí? Revocan de una vez, y sigue el procedimiento. Esa es una de las grandes diferencias en el cumplimiento y por que el cumplimiento es diferente. En cuanto a la aplicación de las medidas alternas, o sea, las medidas alternativas que se imponen en Justicia Restaurativa y se imponen en el ordinario son las mismas, verdad. Lo que estamos hablando acá de la Justicia Restaurativa no es algo diferente no, no. Es un modelo de resolución del conflicto. No es una medida diferente, no. Es como yo aplico las medidas alternas con un modelo de resolución más efectivo.

- 3- No, me parece que no porque precisamente lo que le digo y uniéndolo a lo anterior, usamos las mismas medidas alternas. Suspensión del proceso a prueba que admite los hechos. La conciliación que, admite reparar el daño ocasionado. El abreviado... usted puede usar cualquier otra medida que... ¿Cuáles son? Suspensión, conciliación, la reparación integral del daño... Lo que pasa es que ahí, con la reparación integral del daño pues, lo que hace es admite los hechos de una forma económica prácticamente y de reparar el daño. Lo que pasa es que, en Justicia Restaurativa, si hay una reparación integral del daño, debe de hacerse una

reparación que sea como le decía, de acuerdo a los principios de Justicia Restaurativa, verdad. Porque para pagar el daño, para pagar lo dejamos en el ordinario. No tiene mayor sentido, verdad y ¿Qué seguimiento le podríamos dar? En Justicia Restaurativa se usan, sobre todo, la suspensión y la conciliación. Son las medidas que más se utilizan, verdad. Y no infringe el principio de inocencia toda vez que, se adapta a la medida alterna que se está imponiendo.

- 4- Bueno, está asociada a la pregunta anterior. Yo definitivamente no considero que se “flexibilice” porque los principios constitucionales no se “flexibilizan”. Pero, me parece que, si cumplimos con el debido proceso, no se da ninguna violación a principios fundamentales, ni tampoco se inaplican o se aplican de manera distinta. Me parece que el principio de inocencia se mantiene en el tanto esto es... Imagínese que es hasta una audiencia previa que se realiza con la posibilidad de que se arregle el asunto, verdad. Entonces, la persona si lo acepta, se plasma en una suspensión o en la conciliación que son las que más se utilizan. Pero si no se hace, se devuelve indicando que no fue... No se llegó a un acuerdo, por lo tanto, se devuelve sin que, vaya dentro del expediente cuales fueron digamos... No hay un acta que diga que fue lo que dijo el imputado, que fue lo que dijo el ofendido, ¿por qué? Porque es parte de la confidencialidad de ese primer encuentro entre las partes. Y viera que muchas veces, esos encuentros se han hecho. No se llega a ningún acuerdo ahí, pero llegan al ordinario ya para la audiencia preliminar y se acuerdan, se llega al acuerdo. Entonces, ese es un efecto interesante que bueno, me llama la atención y es importante que usted lo conozca. Pero, no infringe ningún aspecto del principio de inocencia de la persona por eso, porque existe una confidencialidad. Si ves el programa de Justicia Restaurativa, dentro tanto del programa como del (...) y la forma en que se aplica la Justicia Restaurativa en materia penal, se establece precisamente que esa audiencia es confidencial, por eso no hay registro de la misma. Eso no está dentro del expediente y por eso no se violenta ningún derecho de las partes. No solo del imputado, sino de las partes. (...) ¿Por qué? Porque el modelo restaurativo también saca muchos sentimientos. Entonces, tanto de la víctima como del imputado que no se hace necesario traerlo al proceso ordinario,

porque no es parte del proceso ordinario, sino que es la parte humana, verdad. De lo que ahí se dialoga, se trata de enmendar y se trata de conversar.

- 5- Bueno, esto está asociado a lo que yo vengo diciendo en mi posición, verdad. Yo no considero que se violente ninguna... Al no considerar que se violenta el principio de inocencia ni mucho menos, el principio de confidencialidad, del debido proceso, que se hace la aplicación de las medidas alternas de acuerdo con lo que establece la ley entonces, partiendo de eso, no considero que exista una... (...) Aquí no estamos sometiéndolo a una pena o una medida que violente los derechos de la persona imputada, verdad. El principio de legalidad pues, no se afecta toda vez que se utilizan las mismas medidas alternas, no se han inventado otras medidas alternas, verdad. El programa de Justicia Restaurativa y lo que la ley establece precisamente son esos controles de legalidad para que se aplique el plazo de la suspensión, se aplique el plazo de la conciliación, verdad, y se aplica cada uno de los principios de estas medidas alternas. Además, la base fundamental de que el programa de Justicia Restaurativa se aplique en una fase inicial, está contemplada en el artículo siete del Código Procesal Penal y en cuanto a la resolución de conflictos, la Constitución Política y las Convenciones Internacionales, que el juez debe promover la resolución del conflicto de la manera menos gravosa para las partes. Entonces, de ahí partimos de un principio de legalidad, no sólo nacional sino internacional que nos permite la resolución y la recuperación de, como dice la Justicia Restaurativa, del tejido social, verdad. Porque como te digo, en este se aborda al imputado. Si muchos defensores entendieran que no es para someter al imputado, sino, para ayudarlo. ¿En qué? En los principios constitucionales y procesales del cumplimiento de una pena rehabilitadora y resocializadora. Que no estén, como lo estamos viendo, pero si el fin es resocializador y rehabilitador, nos estamos adelantando, le estamos dando a la sociedad, dos individuos recuperados. Es que yo hablo de la víctima también en coordinación con el imputado porque, usted como víctima si lo asaltan, dura tres meses, un año sin poder salir de la casa. Usted enfrenta a la persona que le robó eso porque fue un hurto por ejemplo, porque existe la lista taxativa de los delitos además, no es cualquier delito, usted... a veces hasta es un conocido que se

llevó el celular, que se llevó algo. Entonces, al usted enfrentar esta situación, recupera un poco la credibilidad en la sociedad y en las personas (...), y la otra persona logra explicar... resulta que fue el tío que tenía problemas de dinero porque resulta que... ahí usted se da cuenta que estaba en drogas, usted dice ¿pero qué es esto? No sabía, yo no sabía esto, verdad. Se tienen casos muy interesantes que bueno, no sé si has ido a la oficina de Justicia Restaurativa ahí en Pavas. Tanto la trabajadora social como la psicóloga que abordan estos casos de previo a la reunión restaurativa, te pueden decir de mil casos interesantísimos de como llegan a retribuir, no solo a la sociedad sino a ellos mismos. Entonces, diay me parece que todo esto se hace bajo principios de legalidad como te decía y no infringe ninguno de ellos.

## APÉNDICE C

(ENTREVISTA REALIZADA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS A LA LICDA. MICHELLE MAYORGA AGÜERO DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE JUSTICIA RESTAURATIVA, PODER JUDICIAL DE COSTA RICA).

- 1- No, el proceso restaurativo mantiene los derechos y las garantías procesales de la persona ofensora, pero además le garantiza una participación libre y voluntaria, ya que de lo contrario no podría hablarse de Justicia Restaurativa. Por otra parte, es oportuno señalar que el proceso restaurativo no busca una terminación anticipada del proceso o la evitación de la prisión, sino que la persona ofensora asuma responsablemente sus acciones, reconozca el daño causado y proponga la forma de repararlo.
- 2- Hay muchas ventajas, pero entre las principales diría que la persona ofensora recibe un trato más humano y cercano, el protagonismo en la resolución del caso, la posibilidad de tener un acercamiento con la víctima y su comunidad, y la garantía de que los acuerdos que surjan del proceso restaurativo se ajustaran a sus propias condiciones y posibilidades permitiéndole afrontar las consecuencias de sus actos de una forma menos represiva y estigmatizante.
- 3- No, en este punto es indispensable hacer una separación conceptual entre la aceptación de los hechos y el reconocimiento del daño. La aceptación de los hechos es un requisito legal que la persona imputada realiza para obtener un beneficio procesal como lo sería la aplicación de la suspensión del proceso a prueba o la reducción de la pena en el proceso abreviado, mientras que el segundo, es el resultado de un proceso de concientización que la persona ofensora hace sobre el daño que causó con sus actos, no solo a la víctima sino a él mismo, y que lo motiva a ofrecer voluntariamente una forma de repararlo a través de un acuerdo con la víctima. Esta toma de conciencia no atenta contra el principio de inocencia, ya que en caso de que no se logre, la persona ofensora continuará su proceso en la vía penal ordinaria a fin de que se demuestren o no los hechos acusados.

- 4- No, en el proceso restaurativo la aceptación y reconocimiento del daño causado, no implica una declaración contra sí mismo ni un quebranto el Derecho de Abstención constitucionalmente protegido, ya que esta aceptación no versa sobre los hechos acusados sino sobre el daño, y el deseo de la persona ofensora para enmendarlo. Incluso si el proceso restaurativo no culmina o no se logra un acuerdo, todas las manifestaciones realizadas no podrán ser tomadas en cuenta en proceso penal ordinario, que además será realizado por un representante del Ministerio Público y una Autoridad Judicial diferentes a las que participaron el proceso restaurativo, garantizándose así su imparcialidad y objetividad al momento de conocer sobre el caso.
  
- 5- En el proceso restaurativo no hay ningún tipo de manipulación hacia la persona ofensora, desde el primer momento se le brinda toda la información y asesoría técnica que requiera para tomar su decisión libremente, y en caso de dar su anuencia para participar en el proceso restaurativo firmará un consentimiento informado, bajo el entendido de que, en cualquier punto del proceso, si no desea continuar, el asunto se remitirá a la vía ordinaria sin perjuicio alguno.