

REFLEXIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Por: Doris M^a. Arias Madrigal*

Sumario: 1. Introducción. 2. Estado actual de la discusión sobre la reparación del daño. 2.1. Las tesis abolicionistas. 2.2. Las tesis resocializadoras. 2.3. Las tesis garantistas. 3. Diversos conceptos de la reparación del daño. 3.1. La reparación *ex delicto* o derivada de delito. 3.2. La reparación del daño como consecuencia jurídico-penal. 3.3. La mediación víctima-delincuente, la reconciliación y la regulación de conflictos. 4. La Justicia restaurativa. 4.1. La responsabilidad activa como referente de la Justicia restaurativa. 4.2. Aspectos críticos de la Justicia restaurativa. 4.2.1. Objeciones teóricas (dogmáticas y de política criminal). 4.2.2. Objeciones prácticas. 5. La reparación del daño en el Derecho penal costarricense. 6. Fortalezas y debilidades del sistema costarricense de reparación del daño. 6.1. Las fortalezas. 6.2. Las debilidades. 7. Conclusiones. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En el postmodernismo hemos visto el nacimiento y desarrollo de un movimiento innovador: la reparación del daño como una posible respuesta penal.

Entre los factores que han contribuido a esta nueva visión de la reparación como parte del sistema de consecuencias penales se encuentra la atención a la víctima del delito, cuyas necesidades habían sido instrumentalizadas por el sistema punitivo a cumplir una función exclusiva de denunciante, testigo, u ofendida con el hecho ilícito.

La participación de la víctima históricamente estuvo limitada por el Derecho penal a la reparación del daño civil, entendiéndose que, la vulneración de bienes jurídicos se sustrae a los intereses particulares y es una ofensa contra la colectividad, contra el Estado.

El discurso a cambiado considerablemente a partir de los movimientos socio-políticos y científicos, entre los que cabe destacar las contribuciones de la Criminología, con el desarrollo

* *Jueza en el Tribunal Penal II Circuito Judicial de San José, Abogada (UCR), Especialista en Derecho Penal (SEP-UCR), Doctora en Derecho Penal (Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, España).*

de la victimología, del Derecho penal sustantivo con su referencia a la victimodogmática, y en el seno del proceso penal en el que se visualizan e incluyen los derechos de la víctima a participar de la solución del conflicto.

La legislación costarricense mostró una importante disposición ante ese *boom* de la reparación del daño. De tal suerte que el tránsito se inició en el Derecho penal juvenil y luego, éste fue uno de los aspectos centrales de la reforma procesal penal. En la que se regularon formas alternativas de solución de conflictos desde la óptica procesal. Así, encontramos la reparación del daño, como forma de extinción de la acción penal,¹ junto a otras formas alternativas de solución de conflictos, como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba.

Desde entonces, han transcurrido siete años de experiencias que han sido poco estudiadas, de forma tal que se propicie un debate sobre las fortalezas y debilidades de la reparación del daño, y se generen si no existe un resultado óptimo estrategias para mejorar su posición jurídica. La primera percepción que se tiene y que se deriva del contacto diario con la administración de Justicia, de sus operadores es apenas si se hace uso de las posibilidades que existen en el proceso penal costarricense. La reparación del daño se utiliza en delitos menores, y el porcentaje de utilización es mínimo, en el año 2005 del total de casos resueltos en los Tribunales penales, sólo se aplicó la reparación del daño en el 6.77%; entretanto, en los juzgados penales, el porcentaje de casos terminados en los que se aplicó la reparación del daño, apenas alcanzan el 0.39%.

El objetivo de esta investigación es mostrar como dentro del movimiento de la reparación del daño existe un enlace a la Justicia restaurativa como forma de solución de los conflictos alternativa a los métodos tradicionales. Que utilizando la Justicia restaurativa se puede contribuir a obtener mejores resultados y mayor eficiencia en el tratamiento del delito y a pasar de los planos, teórico y legal, al plano real. A la vez, que garantizando algunos aspectos esenciales, se permite alcanzar la justicia y el cumplimiento de los fines del Derecho penal, es decir, la prevención general y especial de delitos.

¹ Fundamental, GONZÁLEZ ALVAREZ, Revista de Ciencias Penales, n.º 18, 2000, p.125 ss.

2. ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

En la doctrina moderna del Derecho penal no existen conclusiones unánimes sobre la función y los fines de la reparación del daño, tampoco las hay para el Derecho penal, que se caracteriza por estar en un estado de crisis, o de profundas transformaciones.

Una rápida observación sobre el estado actual del Derecho penal, nos muestra la existencia de planteamientos teóricos centrados en la pacificación social, que señalan que a estas alturas del desarrollo humano nadie se quiere mostrar como contrario a la paz social.² A la vez, co-existen nuevas corrientes dentro de nuestra ciencia, que abogan por un Derecho penal del enemigo, según el cual, *«quien no participa en la vida en “un estado comunitario-legal” debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad), en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede “tratar” (...) “como un enemigo”»*.³

En cuanto a la reparación del daño, sus contenidos son defendidos desde diversas concepciones político-criminales, todas pueden reconducirse a las posturas que dominan el panorama del Derecho penal moderno, a saber, las tesis: abolicionista, resocializadora y garantista.⁴ Cada una de estas tendencias político-criminales tiñe el contenido de la reparación del daño, mostrando ideas y conceptos que se relacionan entre sí, pero que no necesariamente significan lo mismo.

2.1. Las tesis abolicionistas

Dentro de propuestas teóricas de la reparación del daño que se fundamentan en las tesis abolicionistas, es posible observar dos posiciones:⁵ la posición radical, estaría representada por quienes defienden una teoría pura de la justicia restauradora; la postura moderada cuyos seguidores propugnan el recurso a la justicia informal y a formas de reprobación distintas a la pena, que se caracterizan por un mayor contenido simbólico.

² Cfr., DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores): *Victimología*, 1990, p. 115.

³ Vd., JAKOBS/CANCIO, *DP del enemigo*, 2003, p. 31.

⁴ Ampliamente, ARIAS MADRIGAL, *Sustitutivos penales*, 2005, p. 336.

⁵ Cfr., WRIGHT en: MESSMER/ OTTO (Editores): *Restorative*, 1992, p. 529.

2.2. Las tesis resocializadoras

El punto de partida es el abandono de la concepción patológica del delincuente y de los modelos clínicos, emergiendo con fuerza una visión más humana y racional del delincuente, como sujeto capaz de responsabilizarse de sus actos y de participar activamente en la búsqueda de respuestas y soluciones. Como señala ROXIN, si a través del acuerdo víctima-delincuente el autor del hecho no deberá ir a la prisión con las consecuencias nocivas y discriminatorias que ello conlleva, y de esta forma vuelve a ser aceptado por la sociedad, con ello se hace más por su resocialización que con una costosa ejecución del tratamiento.⁶

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.

2.3. Las tesis garantistas

En vista de la *praxis* y buenos resultados obtenidos en la delincuencia leve y mediana, un amplio sector de la doctrina, acepta la reparación del daño en el Derecho penal,⁷ pero sujeta a una serie de limitaciones o matizaciones, ya que difícilmente pueda renunciarse a las garantías constitucionales, penales y procesales que tanto ha costado conquistar y que, aún hoy, son vulneradas en muchos ordenamientos.

Desde la doctrina garantista la reparación del daño, inserta en el Derecho penal, deberá comprender la función esencial del Derecho penal, es decir, la protección de bienes jurídicos con fines preventivos, lo que es propugnado tanto por quienes conciben la reparación como «*tercera vía*» como por quienes la conciben como atenuante, como sanción dependiente o sustitutivo penal.⁸

3. DIVERSOS CONCEPTOS DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

3.1. La reparación *ex delicto* o derivada de delito

Para la doctrina mayoritaria tanto civilista como penalista, del delito o falta no nace un tipo de responsabilidad, sino una obligación: la deuda de reparar el daño que causa el delito o falta, como exigencia de restablecimiento del orden jurídico perturbado.⁹

⁶ Cfr., ROXIN en: Seminario Hispano Germánico, 1992, p. 4.

⁷ Vd., por todos, TAMARIT SUMALLA, La reparación, 1994, p. 188 ss.

⁸ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Revista Poder Judicial, n.º 45, 1997, p. 198.

⁹ Vd., en ese sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, La reparación, 1997, p. 152.

3.2. La reparación del daño como consecuencia jurídico-penal

Ésta 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 ésta adquiriera 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.

3.3. La mediación víctima-delincuente, la reconciliación y la regulación de conflictos

Son nociones más amplias y tienen en común que remiten a una recuperación de la paz social o, en su caso, al apaciguamiento del conflicto generado por el delito, o subyacente al mismo. Precisamente es la mediación víctima- delincuente, en donde se encuentra la Justicia restaurativa, que emerge como una solución desformalizada en la que se aplican la reparación de daños, los contactos directos delincuente-víctima o el trabajo en provecho de la comunidad como condición del sobreseimiento del proceso, en el sentido de la *diversión*, o en el marco del proceso judicial sancionador (reparación como pena) o, durante el cumplimiento de la pena en la libertad condicional.¹⁰

La mediación víctima-delincuente, la reconciliación y la regulación de los conflictos, pueden ser aplicadas dentro de la justicia penal como fuera de ella, y admiten múltiples formas, contenidos y procedimientos para la solución del conflicto. Así, se observan diferencias en cuanto a las funciones del mediador; a los posibles participantes: existiendo sistemas unilaterales, bilaterales y trilaterales; sobre los posibles fines: penal, terapéutico, conciliatorio, compensatorio; y, en cuanto al ámbito de acción: comunitario, escolar, adultos/jóvenes, en la prisión.¹¹

¹⁰ Ampliamente, DÜNKEL, en: BERISTAIN/DE LA CUESTA (Directores), *Victimología*, 1990, p. 116.

¹¹ Sobre ello, VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, pp. 113, 217, 455; GARCÍA-PABLOS, *Tratado*, 2003, p. 1555 y ss.

Podemos advertir que existe en la actualidad un vasto espectro para la reparación del daño, constituyendo el punto de unión de todos los programas la solución de los conflictos, aunque el concepto, la naturaleza jurídica y las justificaciones político-criminales que la sustentan muestren un diverso signo.

4. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El punto de partida de las ideas de la Justicia restaurativa se encuentra el debate sobre la responsabilidad y equidad de los delincuentes y las víctimas en la justicia penal. Debido a que el Derecho penal se inclinó hacia el delincuente, en tanto, la víctima no había sido tomada en consideración. Además, desde el punto de vista del autor, la respuesta penal es cuestionada por ser retribución a la lesión de bienes jurídicos, conllevando procesos de exclusión social, de etiquetaje negativo, y el autor no es valorado en todo su potencial, relegándosele a una posición indiferente y pasiva.

Aún no existe una noción precisa, universal para la Justicia restaurativa, sin embargo, desarrollos recientes de Naciones Unidas han tratado de encontrar un concepto para esta nueva forma de solucionar los conflictos.

En este foro, la Justicia restaurativa se ha definido de la siguiente manera: *“todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”*.¹²

El delito supera el quebranto a la legalidad y es observado como un acto que causa daño a las personas y a la comunidad, incluido el delincuente.¹³ El papel de la justicia, consiste reparar ese daño mediante un proceso donde los actores centrales son las víctimas, el infractor y la comunidad afectada. Con ello se alcanza una mayor satisfacción de la víctima y del delincuente, una menor de reincidencia, y se logran decisiones óptimas en términos de eficacia y celeridad, en comparación con los métodos judiciales tradicionales.

¹² E/CN.15/2002/5/Add.1

¹³ Mccold/Wachtel, Forum, 2003, p. 2.

La preocupación por la víctima conlleva a la hora de resolver el conflicto un nuevo entendimiento, a favor de la perspectiva horizontal del delito (entre el delincuente y la víctima), ya no entre el individuo y las normas estatales (conflicto social vertical). La satisfacción a la víctima no tiene por qué ser exclusivamente material, sino que se aceptan las prestaciones simbólicas.¹⁴

4.1. La responsabilidad activa como referente de la Justicia restaurativa

La Justicia restaurativa es una justicia más cercana en la que se fomenta una actitud de responsabilidad activa, que se caracteriza por su carácter dinámico y por una actitud de diálogo en que autor y víctima, quienes deciden sobre las propias consecuencias jurídico-penales. Resaltándose el comportamiento postdelictivo positivo orientado a la reparación del daño o a la superación de las consecuencias del hecho ilícito.¹⁵

Tradicionalmente el Derecho penal se basa en la responsabilidad pasiva, a un sujeto determinado se le realiza una imputación subjetiva, es decir, se verifica si de acuerdo a unos criterios jurídico- penales le es exigible un comportamiento conforme a la ley. Superado el examen, en forma retributiva al autor se le impone una pena.

En cambio, la responsabilidad activa, promovida por la Justicia restaurativa consiste en que el autor es confrontado con el hecho, y con la víctima, asume la responsabilidad en la reparación del daño y especialmente en la restauración de las relaciones. A diferencia del sistema de consecuencias jurídicas del delito tradicional, el éxito del proceso judicial no está dado por el *quantum* de la pena, sino por la reparación efectiva del daño causado.

La responsabilidad activa y pasiva tienen como punto de encuentro la existencia de un marco normativo en el que se define quien es responsable y quien es víctima de un hecho lesivo, lo cual sirve de garantía frente a intervenciones arbitrarias y abusivas. Esto fundamentalmente porque se acude al Derecho penal para establecer la plataforma de referencia.¹⁶

¹⁴ Cfr., en ese sentido SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, pp. 341-342.

¹⁵ Sobre ello, DE VICENTE REMESAL, en: Homenaje a CLAUS ROXIN, 1997, 196, p. 201.

¹⁶ Así, y en ese sentido, GIMÉNEZ-SALINAS, Revista Papers, n.º 8, 1992, p. 97.

4.2. Aspectos críticos de la Justicia restaurativa

Hacia la Justicia restaurativa se dirigen algunas objeciones desde la dogmática penal y principalmente por la corriente garantista. Las críticas se dirigen en varios sentidos, entre ellas hay objeciones teóricas y prácticas.

4.2.1. Objeciones teóricas (dogmáticas y de política criminal) 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. Con la Justicia restaurativa existe el riesgo de instrumentalizar los fines del Derecho penal, en tanto que acaba transformándose en un elemento de pedagogía social y puede llegar a exceder aún las funciones que la teoría de la retribución le ha asignado Derecho penal.

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.

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.

d) Igualmente se ha señalado el riesgo de privatización del Derecho penal, devaluando la función simbólica que éste representa.

Frente a cada una de estas críticas hay una respuesta, el punto de partida es el cambio de perspectiva sobre la función judicial, desde la perspectiva de la Justicia restaurativa no se trata de enfrentar posiciones, sino de lograr una posición de responsabilidad y compromiso. Además trata de restaurar a la situación anterior al hecho delictivo. El énfasis se pone en el daño, en la alteración de las relaciones interpersonales entre la víctima y el delincuente en el contexto social.

Para la Justicia restaurativa la culpabilidad del autor no es un aspecto central, sino el reconocimiento de la responsabilidad y las obligaciones hacia la víctima que se generaron con el delito, señalándose que el autor, “*puede hacer las cosas bien*”.¹⁷

La confrontación al autor, con el hecho, sus consecuencias y con la víctima le hace tomar conciencia de los daños producidos y ese es el camino de la rehabilitación. Existe un mayor protagonismo del autor en el sistema de consecuencias penales frente al delito que le permite respetar en el futuro de las normas jurídicas, a diferencia del sistema tradicional que conduce a la disolución del individuo en las necesidades del sistema social.

La víctima por su parte, se incorpora en un proceso de recuperación y sanación, conoce los motivos del autor y elimina los temores hacia una nueva victimización.

Dentro de las corrientes de la Justicia restaurativa, algún sector aboga por la abolición del Derecho penal, aunque para otros, debe optarse por una posición moderada, la Justicia restaurativa puede cumplir con los fines del sistema penal y no ser sólo una alternativa, en tanto coadyuva a la consecución de los fines penales. Tanto de prevención especial como acabamos de analizar, como el fin preventivo general positivo, en cuanto contribuye al restablecimiento de la paz jurídica y la confianza en el Derecho.¹⁸

4.2.2. Objeciones prácticas

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.

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 sólo el daño material? ¿Debe incluirse el daño moral? ¿El daño es la afectación al bien jurídico? ¿Qué ocurre si las aseguradoras cubren el daño?

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

¹⁷ Sobre ello cfr., VAN NESS/NOLAN, Regent University Law Review, n.º 10, p. 107.

¹⁸ Así, y en ese sentido, CARRASCO ANDRINO, Revista Jueces para la Democracia, n.º 34, 1999, p. 84.

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.

Los cuestionamientos y las críticas planteadas desde el punto de vista práctico también han sido respondidos por la Justicia restaurativa. Señalando que en la base de ésta hay un proceso de colaboración, que involucra a las personas afectadas de forma más directa por un delito, para alcanzar la reparación del daño. El autor y la víctima participan en la resolución de sus propios problemas a través de encuentros entre los que existe una actitud de diálogo, de diversas expectativas, integración, orden.¹⁹

Las relaciones entre las personas se restablecen pacíficamente a través de la implicación directa de las personas afectadas por medio del diálogo a lo que se denomina una «*restitución comunicativa*».²⁰

Desde esta visión, para el Derecho penal, el restablecimiento de la paz jurídica tiene una visión constructiva y gira en torno a elementos de carácter personal fundamentales, como son: la responsabilidad personal y la atención a la víctima.

Las desigualdades de las partes pueden esquivarse si los facilitadores cuentan con una formación suficiente que les permita lograr la paridad entre las partes o intervinientes, también evitaría que el proceso este rodeado de prejuicios y fundamentalmente, que la restauración tenga un tinte moral, cercano a la demostración de la mala conciencia o de o, de «una cierta humillación (o confesión) del delincuente ante la víctima o la sociedad».²¹

5. LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE

La reparación del daño forma parte de nuestro Derecho positivo a partir de 1996 con la entrada en vigor de la Ley penal juvenil. Precisamente es en esta legislación donde se observa un mejor tratamiento y mayor amplitud del instituto, debido a que se le considera una consecuencia jurídico-penal, es decir, una sanción.²²

¹⁹ En igual sentido, PÉREZ SANZBERRO, Reparación, 1999, p. 316.

²⁰ Cfr. TRENCZEK, Revista Papers, n.º 8, 1992, p. 37.

²¹ Sobre ello, ARIAS MADRIGAL, Sustitutivos penales, 2005, p. 315.

²² TIFFER/LLOBET, La sanción penal juvenil, 1999, p. 190.

Diferente y más limitada fue la opción del legislador en el caso del Derecho penal, en el que desde la perspectiva procesal, se incluyó la reparación integral del daño como una forma de extinción de la acción penal y no como una respuesta sancionatoria, que permitiría un espectro mucho más amplio y acabado.

En foros internacionales nuestro país ha promovido una posición de compromiso con la reparación del daño, muy cercana a la Justicia restaurativa, así, merecen destacarse las discusiones en el seno de la II Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Caracas en 1999, en la que el Magistrado Orlando Aguirre Gómez efectúa una referencia a la justicia, que potencia el diálogo y que *“produzca resultados más satisfactorios para la víctima, para el infractor mismo y para la sociedad”*.

Igualmente relevantes son las aportaciones del representante costarricense en las Naciones Unidas, así, en la Reunión de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, de celebrada en Viena, en el 2002, sugirió se utilizara la expresión “Justicia restaurativa”, en lugar de Justicia restitutiva, para la traducción del término inglés *“restorative justice”*.

Sin embargo, el aporte más significativo de esta representación, fue la propuesta de incluir en el texto final, el principio de no discriminación y de aplicación imparcial. Con el fin de evitar las distinciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o toda otra distinción basada en el origen nacional o social, el patrimonio, la cuna o cualquier otra condición, con el objetivo de lograr la paridad entre las partes.

6. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL SISTEMA COSTARRICENSE DE REPARACIÓN DEL DAÑO

6.1. Las fortalezas

En cuanto a los aspectos positivos de la reparación del daño en el sistema punitivo costarricense, además de la incorporación legislativa, que ya es un paso decidido, la jurisprudencia ha mostrado alguna amplitud, debido a que el tenor literal señala que sólo procede la reparación integral, es decir, total de todos los daños provenientes del delito.

a) De este modo, sobresalen votos de las Salas Constitucional y Tercera, entre ellos la jurisprudencia autorizó la aplicación del efecto extensivo de la reparación del daño en la codelinuencia, de tal suerte que, si un co-autor repara los daños, los otros autores se ven beneficiados por extensión y se sobresee la causa.

b) Además se confirmó que en los casos de suspensión del procedimiento a prueba, así como en la conciliación se admite la reparación simbólica, y en los casos de posiciones contrarias entre la víctima y el Ministerio Público, se autorizó la conciliación frente a la negativa fiscal.

c) También en el caso de la conciliación, en la que puede haber una reparación del daño como parte de los acuerdos entre las partes se autorizó la extensión a otros tipos penales y no sólo, a la criminalidad leve y mediana cuando se trata de hechos en estado de tentativa.

d) Un aspecto que cabe destacar es el reconocimiento de la función judicial en la constatación del cumplimiento de los supuestos en los que procede la reparación integral del daño, en cuanto a que efectivamente sea total y no sólo a satisfacción de la víctima, que podría conformarse con menos. Como también si la reparación integral ha sido razonable, proporcional y justa. La voluntad de transar es otro aspecto valorado por la jurisprudencia, de forma que las partes acudan en forma libre y de manera voluntaria consientan en la solución alterna del conflicto.²³

e) Últimamente se ha admitido que la inscripción registral que implica la reparación integral del daño, tiene una formulación distinta al registro de antecedentes penales y no puede ser utilizada para imponer una sanción, pues habiendo fenecido la causa, no puede significar un perjuicio en otro proceso.²⁴

f) Desde el punto de utilización de la reparación del daño se observó un movimiento pendular, que llevó a su aplicación en un buen número de casos, sin que existan estudios difundidos en que se midan las consecuencias de las normas positivas.

g) Por otra parte el legislador en el año 2001, efectuó una modificación a la ley, amplió las posibilidades de la reparación integral del daño, levantándose el tope de aplicación por una sola vez, admitiéndose ahora, siempre que el imputado no se haya beneficiado de esta medida o de la suspensión del proceso a prueba.

6.2. Las debilidades

a) Ciertamente, la incorporación de la reparación del daño dio un viraje a la forma tradicional de solución de los conflictos en nuestro medio, empero, no puede considerarse que

²³ Así, y en ese sentido, Sala III, v. 887-2004 de 23 de julio.

²⁴ En ese sentido, Sala III, v. 922-2004, de 30 de julio.

la aceptación de la reparación del daño sea lo suficientemente amplia, ni general, como la prevén otros ordenamientos jurídicos del entorno. Paradigmático es el caso de la Constitución Política colombiana que en el año 2003 estableció explícitamente que la "*ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.*"

b) Desde la entrada en vigencia de la ley hasta el 2001 se produjeron algunas prácticas forenses que condujeron a la reiteración delictiva y a una entrada constante de los mismos casos. Sin embargo, esa percepción de la realidad no ha sido estudiada.

Al desarrollar una nueva legislación, con introducción de forma novedosas de solución de los conflictos, como es el caso de la reparación del daño, son convenientes la evaluación y comparación de los resultados, no sea que los reclamos de los diferentes sectores se traduzcan en tomar la justicia de propia mano, en los llamados a la seguridad ciudadana de «ley y orden» y al recurso a la seguridad privada, invocaciones muy de moda en nuestro medio y en el Derecho comparado, véase en ese sentido, los discursos acerca de la legislación simbólica y la expansión del Derecho penal.

La reparación del daño en nuestro medio no fue precedida, ni tampoco es actualmente objeto de estudios empíricos, a través de los cuales se analice la incidencia de la reforma legal y la necesidad o no de cambios en el tratamiento legal y en las prácticas de la reparación del daño. En ese sentido, los reclamos ciudadanos y hasta de los mismos operadores judiciales carecen de sustento ante la inexistencia de estudios serios.

Siempre es determinante evaluar en el plano práctico el impacto de las nuevas tendencias. Acaso existan desarrollos equivocados y de éstos se ha de aprender, rectificar, tomar nuevos rumbos, o bien, en sentido contrario, si éstas muestran muchos aspectos favorables, continuar desarrollándolos y acumular experiencias para expandirlos y difundirlos como una nueva cultura dentro del sistema.

Con el ánimo de contribuir en que se entienda mejor el impacto de la reparación del daño en nuestro ordenamiento jurídico, se presentan el siguiente gráfico que corresponde a las causas terminadas por sobreseimientos definitivos en los Tribunales penales.



Fuente de los datos: Departamento de Planificación, Sección de Estadística del Poder Judicial

Se observa que en el último quinquenio ha habido un crecimiento en la resolución de conflictos por medio de la reparación del daño. Aunque llama a la reflexión la disminución del año 2005, por que podríamos estar en presencia de un retroceso. Sin embargo, después de ver esta pequeña muestra, es posible concluir que se requiere una mayor evaluación del fenómeno para poder determinar si realmente la reparación del daño incide de manera significativa en la solución alternativa de los conflictos.

A la vez, se deben realizar estudios sobre la tipología de delitos a los que se aplica esta forma de solución de conflictos, también es conveniente profundizar el análisis con respecto al nivel de reincidencia y al grado de satisfacción de las víctimas. De igual forma, es preciso establecer con respecto a otras experiencias en el Derecho comparado, cuáles son las cifras o la media, que permiten concluir que el resultado es óptimo, eficiente para alcanzar los fines del Derecho penal.

c) Las prácticas de reparación integral en nuestro medio se han caracterizado por ser formalizadas, pese a las posibilidades legales de contar con el auxilio de mediadores o facilitadores. Por lo general es el momento previo al debate, ante la inminencia del juzgamiento que se accede a entablar un acercamiento entre las partes. Que por otra parte no

es tal, debido a que son los abogados los que transan el conflicto, entretanto, el autor y la víctima permanecen como espectadores, sin involucrarse en las tratativas, ni en el acuerdo.

Esa desinformación conduce en algunos casos, a considerar que el acercamiento a la víctima para las tratativas es una especie de coacción o de revictimización, pues contrario a las creencias arraigadas en el consciente colectivo de que la cultura costarricense es de paz y de diálogo, cuando hay una vulneración de bienes jurídicos, las víctimas y sus asesores están a la defensiva y rechazan cualquier acercamiento.

d) En otros casos, no hay un plan reparador determinado, no existe asunción de responsabilidad del delincuente, repitiéndose la neutralización del juzgamiento tradicional que genera en el delincuente explicaciones auto-justificativas y auto-exculpatorias y que le impiden la asunción del hecho al autor. Por supuesto, aquí ni hay empatía, ni reconciliación con la víctima, entonces, los ideales que guiaron la reforma procesal de eficiencia y celeridad son frustrados.

e) Una mayor preocupación surge en cuanto al cumplimiento de los fines de la pena, el nulo acercamiento al autor y a la víctima y el seguimiento de investigación posterior del caso, nos impide conocer que ha ocurrido con los fines de la pena. Esto es, si la reparación del daño puede contribuir de alguna forma, al prevalecimiento del orden jurídico en lo que se refiere a los procesos de aceptación de las normas y los valores jurídicos, y de su vigencia por los ciudadanos. Además determinar si cuenta con un potencial resocializador, que impida al autor continuar en la actividad delictiva.

7. CONCLUSIONES

La Justicia restaurativa propone en el marco del debate de la reparación del daño un programa que cuenta con una “*vis atractiva*” muy apreciable debido al influjo de ideas centradas en el realismo, es decir, en la búsqueda de una justicia más humana, más comunicativa y pro activa.

Con este planteamiento se intenta cumplir con los fines del Derecho penal, a través de los que pretende una coexistencia pacífica, en la que la sociedad se vea libre de delitos y en la que cada sujeto autor sea abordado, ya no con un ideal resocializador anclado en un concepto

positivista o psico-biológico, sino en una actitud del autor de responsabilidad activa en la búsqueda de respuestas y soluciones.

Sus propuestas fomentan una actitud de responsabilidad activa, cuyas consecuencias desde el punto de vista cualitativo son más acabadas y exigentes que el sistema de respuesta penal actual. En ese sentido, constituyendo una estrategia para lograr mas justicia pronta y efectiva todos los esfuerzos son loables.

Solo quisiera reflexionar acerca de que el recurso a una Justicia más eficaz, no implica la renuncia al bloque básico de garantías, tanto procesales como sustanciales y en esa labor las y los estudiosas/os del Derecho penal tenemos una labor esencial. La reparación del daño en mi criterio, involucra un interés social, público, que va más allá del carácter dual y de lo puramente patrimonial.

Estas nuevas ideas de la Justicia restaurativa en combinación con los fines del Derecho penal, podrían ayudarnos a obtener resultados mejores y con toda seguridad, nos permitirían pasar de los textos legales a la realidad de las vivencias de los autores, las victimas y la comunidad. Las experiencias prácticas realizadas en otros ordenamientos jurídicos deben trasladarse *mutatis mutandis*, considerando las circunstancias sociales, culturales, económicas de nuestro país.

Hasta ahora, las experiencias de la reparación del daño en nuestro medio han estado formalizadas. Se requiere de espacios de actuación que favorezcan el encuentro y el diálogo, lo que tiene que ver con un cambio actitudinal de todos los sujetos involucrados.

Debe promoverse la creación de un programa o proyecto en el Poder Judicial, como parte del cumplimiento de la legislación vigente, que involucre las prácticas restaurativas, y que se complemente con consideraciones socio estructurales, es decir, que incluya aspectos presupuestarios y organizativos.

Finalmente, debe existir una labor de seguimiento y evaluación de los programas con estudios de resultados, quizás, luego de estas experiencias, las futuras generaciones encuentren un mañana más prometedor.

BIBLIOGRAFIA*

ARIAS MADRIGAL, Doris M^a:

Sustitutivos penales con especial referencia a la reparación del daño, Tesis doctoral, Universidad de Alcalá de Henares, Inédita, Madrid, 2005.

CARRASCO ANDRINO, María del Mar:

«La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en los Estados Unidos)», Revista Jueces para la Democracia, n.º 34, 1999, pp. 69-86.

DÜNKEL, Frieder:

«La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del Derecho penal y de la práctica del Derecho penal en el Derecho comparado», en: BERISTAIN, Antonio/De la CUESTA, José Luis (Directores): Victimología, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, pp. 113-144.

GARCÍA-PABLOS, Antonio:

Tratado de Criminología, 3.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, Esther:

«La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal», Revista Papers, n.º 8, 1992, pp. 89-99.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel:

«La conciliación penal en Iberoamérica», Revista de Ciencias Penales n.º 18, 2000, pp. 115-140.

JAKOBS, Günter/CANCIO MELIÁ, Manuel:

Derecho penal del enemigo, Civitas, Madrid, 2003.

LARRAURI PIJOÁN, Elena:

«Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades?», Revista Jueces para la Democracia n.º 15, 1992, pp. 21-31.

MCCOLD, Paul/WACHTEL, Ted:

«En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa», Forum, 2003, en: <http://www.restorativepractices.org>.

ROXIN, Claus:

«La reparación civil como alternativa a la pena de prisión», en: Seminario Hispano-Germánico de Derecho Penal sobre: «Reparación civil como alternativa a la pena de prisión», Texto inédito, Barcelona, 1992.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. Belén:

La reparación del daño ex delicto, Comares, Granada, 1997.

SILVA SANCHEZ, Jesús María:

* Las palabras que aparecen subrayadas corresponden a la cita abreviada.

«Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación», PJ n.º 45, 1997, pp.183-202.

TIFFER, Carlos/LLOBET, Javier:

La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica, UNICEF/ILANUD/CE, San José, 1999.

TRENCZECK, Thomas:

«¿Hacia una reprivatización del control social? "Una evaluación de la víctima-delincuente-reconciliación"», Revista Papers n.º 8, 1992, pp. 23-42.

VAN NESS Daniel W. /NOLAN, Pat:

«Legislating for restorative justice», Regent University Law Review, n.º 10, 1998.

VARONA MARTÍNEZ, Gema:

La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica, Comares, Granada, 1998.

VICENTE REMESAL, Javier de:

«La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro», en: SILVA SANCHEZ, Jesús Mª. (Editor): Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN, Bosch, Barcelona, 1997, pp.173-206 (cit. Homenaje a CLAUS ROXIN).

WRIGHT, Martin:

«Victim-offender mediation as a step towards a restorative system of justice», en: MESSMER, Heinz/ OTTO, Hans-Uwe (Editores): Restorative Justice on Trial, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, pp. 525-539.