

- 1.- Estándares Básicos de Calidad para la Prestación del Servicio de Defensa Penal Pública
Rafael Blanco, Mauricio Decap, Héctor Hernández, Hugo Rojas
- 2.- La Exclusión de La Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno
Héctor Hernández
- 3.- La Cuestión Indígena y las Exigencias del Reconocimiento
Maximiliano Prado
- 4.- La Constitucionalización del Proceso Penal en Chile y sus alcances en la Doctrina y la Práctica Procesal del siglo XIX
Eric Eduardo Palma
- 5.- La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?
Gonzalo García
- 6.- Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública
Rafael Blanco, Alejandra Díaz, Joanna Heskia, Hugo Rojas

UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

Almirante Barroso 6
Santiago de Chile

Colección de Investigaciones Jurídicas
es un espacio abierto a todas las
personas interesadas en difundir los
resultados de sus investigaciones.

6

Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública

BLANCO, DIAZ, HESKIA, ROJAS

UNIVERSIDAD
ALBERTO
HURTADO

2004

N° 6

ISSN 0717 - 7402

© Derechos Reservados

ESCUELA
DE
DERECHO

COLECCIÓN DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Justicia Restaurativa:
Marco Teórico, Experiencias
Comparadas y Propuestas
de Política Pública

*Rafael Blanco
Alejandra Díaz
Joanna Heskia
Hugo Rojas*

Con el patrocinio de la
Fundación William y Flora Hewlett



**COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS**

2004, N° 6

**ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO**

Colección de Investigaciones Jurídicas

Publicación periódica de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado

Director

Pedro Irureta

Comité Editorial

Javier Arévalo
Rafael Blanco
Héctor Hernández
Maximiliano Prado

Dirección

Almirante Barroso 6, Santiago de Chile
www.uahurtado.cl

ISSN 0171-7402

Prohibida reproducción parcial o total sin previa autorización del Comité Editorial
Todos los derechos reservados
1000 ejemplares

Colaboraciones

Los académicos e investigadores interesados en enviar artículos, reseñas, traducciones o notas bibliográficas para su publicación en Colección de Investigaciones Jurídicas deben dirigirse a: Comité Editorial, Colección de Investigaciones Jurídicas, Almirante Barroso 6, Santiago de Chile. Los textos impresos a doble espacio deberán ser enviados en duplicado, en lo posible con diskette de computación incluido. Los artículos deben ser inéditos y serán sometidos a evaluación por parte de expertos independientes. En caso de traducciones, deben contar tanto con autorización del autor como de la editorial respectiva.

Diseño e impresión

Gráfica ISSA

JUSTICIA RESTAURATIVA: MARCO TEÓRICO, EXPERIENCIAS COMPARADAS Y PROPUESTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

RAFAEL BLANCO, ALEJANDRA DÍAZ,

JOANNA HESKIA, HUGO ROJAS**

I.	INTRODUCCIÓN	5
II.	MARCO TEÓRICO	9
	1. Aproximaciones Preliminares	9
	2. Concepto	10
	3. Orígenes	15
	4. Características	25

* Este documento forma parte del proyecto de investigación *Justicia Restaurativa y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos: Oportunidades y Desafíos en el Nuevo Sistema de Justicia Criminal en Chile* (Escuela de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, 2003). Los autores agradecen el patrocinio otorgado por The William and Flora Hewlett Foundation, la colaboración de Cleveland State University, The National Center for Victims of Crime, Universidad de la Frontera, University of Columbia, University of Leeds, University of Michigan y New York University, y los valiosos comentarios proporcionados durante el desarrollo del proyecto por parte de José Aylwin, Jaime Couso, Adam Crawford, Rashmi Goel, Robert Howse, Carol Liebman, Elizabeth Lira, Holly Maguigan, Alejandra Mera y Franz Vanderschueren.

** *Rafael Blanco* es Profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad Alberto Hurtado, Magister (c) en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, integrante del Comité de Expertos del Ministerio de Justicia sobre la Reforma Procesal Penal y del Comité Técnico del Ministerio del Interior sobre Seguridad Ciudadana. *Alejandra Díaz* es Investigadora Asociada de la Universidad Alberto Hurtado, Doctora (c) en Derecho de University of Leeds (las partes de este trabajo preparadas por Alejandra Díaz se han basado en su tesis doctoral realizada en el Centre for Criminal Justice Studies, Law Department, University of Leeds, gracias a la colaboración del British Council, Universidad Católica de Temuco y Proyecto Crea del Ministerio de Educación). *Joanna Heskia* es Investigadora Asociada de Derecho Penal y Comparado en la Universidad Alberto Hurtado, Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Socia del Estudio Jurídico Colombara y Olmedo. *Hugo Rojas* es Profesor-Investigador de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en la Universidad Alberto Hurtado y Colaborador del Programa de Derecho Comparado de University of Baltimore.

I. EXPERIENCIAS COMPARADAS	29
1. Nueva Zelandia	29
2. Australia	33
3. Canadá	36
4. Inglaterra	48
IV. DERECHO INTERNACIONAL	55
1. Introducción	55
2. Orígenes de la Resolución de la ONU	55
3. Alcances e Implicancias de la Resolución de la ONU	56
4. Contenidos de la Resolución	58
V. PROPOSICIONES DE POLÍTICA PÚBLICA EN RELACIÓN A LA INCORPORACIÓN DE MODELOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN CHILE	61
1. Análisis de Experiencias de Justicia Restaurativa en Chile	61
2. Aplicación del Modelo de Justicia Restaurativa	70
VI. CONCLUSIONES	85
VII. BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL	89

I. INTRODUCCIÓN

A pesar que podemos visualizar múltiples expresiones de prácticas restaurativas a lo largo de la historia de la humanidad, lo cierto es que en las últimas tres décadas ha surgido una nueva corriente o movimiento jurídico que, en el ámbito de la administración de justicia y la búsqueda de la resolución de conflictos, ha estado concibiendo una novísima manera de comprender y enfrentar la comisión de un hecho ilícito o delictual, al poner mayor énfasis en la relación social entre las partes involucradas y la propia comunidad local a la cual se pertenece, focalizando la atención en la asimilación del daño provocado como en el acuerdo alcanzado para proceder a repararlo.

Este nuevo enfoque, denominado en el mundo anglosajón *restorative justice* (y que para efectos prácticos traducimos como justicia restaurativa), ha llamado positivamente la atención de las más diversas disciplinas, todas relacionadas con el comportamiento social de los ciudadanos; siendo asimismo auspiciosos y promisorios los estudios empíricos – cualitativos y cuantitativos – que han pretendido evaluar los resultados de los programas implementados en distintas ciudades y países del mundo referidos a justicia restaurativa. La literatura comparada indica que se trataría de una noción que ofrece mecanismos a considerar en el diseño de políticas públicas, pues tienen un impacto notorio en la convivencia colectiva, al colaborar en la prevención de la delincuencia, la resolución pacífica de conflictos, la mayor protección y nivel de satisfacción de las víctimas, la participación activa de la comunidad en la resolución del conflicto, y el nivel de compromiso asumido por el infractor para corregir el mal causado, entre otras ventajas que, por cierto, van más allá de la persecución y administración formal o retributiva de justicia criminal.

Con la finalidad de sistematizar los marcos teóricos y las buenas prácticas comparadas, en este documento se hace el esfuerzo de realizar una mirada panorámica inicial y sintética del movimiento de justicia restaurativa en el mundo. Junto con difundir los principales modelos que bajo esa noción se pueden encontrar, se propone su revisión y debate de las posibilidades de incluir en nuestra cultura jurídica algunos de los mecanismos exitosos, y que pueden ser complementarios de la reforma procesal penal y de los actuales programas de seguridad ciudadana.

Desde ya se anticipa que alcanzar una precisión conceptual sobre el sentido, los elementos y los límites de la justicia restaurativa, no es tarea sencilla. En la primera parte se indican algunas de las nociones que han alcanzado cierta legitimidad, a modo de operacionalizar una definición de justicia restaurativa (*infra* II)¹; para luego hacer una breve reseña de los

¹ Se reconocen los aportes de John Braithwaite, Kathleen Daly, Robert Howse, Jennifer Llewellyn, Robert Mathews, Donald Schmid, Karen Heetderks Strong, Daniel Van Ness, Lode Walgrave, y Howard Zehr. Ver bibliografía (*infra* VII).

orígenes y las características principales que describen los procesos restaurativos. Termina esta sección con un paralelo entre justicia retributiva y justicia restaurativa, enfatizando los valores propios de ésta: encuentro, reparación, reintegración y participación.

A continuación se analizan –crítica y objetivamente– cuatro experiencias que sobresalen en la comunidad internacional: Nueva Zelandia, Canadá, Australia, e Inglaterra (*infra* III). Una primera constatación es la diversidad de posibilidades y tipos de programas instaurados, pues no existe total uniformidad sobre los objetivos y valores perseguidos entre ellos, más allá de los rasgos restaurativos en general. En segundo lugar, y como bien ilustra el caso canadiense, se requiere de una cierta legitimación social a fin de poner en marcha los modelos restaurativos, así como también la presencia de determinadas condiciones que aseguren el éxito de los programas y que han de formar parte del monitoreo permanente. En tercer lugar, la revisión en terreno efectuada durante la investigación permite aseverar que estas iniciativas bien valen la pena de ser consultadas a la hora de discutir asuntos de primer orden en nuestra agenda político-jurídica, tales como el funcionamiento de la reforma procesal penal y las salidas alternativas, el proyecto de ley de responsabilidad penal de los adolescentes, la creación de los tribunales de familia y la aplicación de la ley de violencia intrafamiliar, y la justicia indígena.

También se ha destinado una sección especial para puntualizar los adelantos en el ámbito del derecho internacional y la conformación de consensos básicos sobre los estándares mínimos de justicia restaurativa (*infra* IV). Junto con explicar los orígenes, el alcance y las implicancias del principal instrumento aprobado a la fecha, la *Resolución sobre Principios Básicos en el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Criminal* (Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 2000), se procede a analizar su contenido y principios fundamentales protegidos.

Contiene el documento un análisis acerca de prácticas que pueden ser asociadas a la justicia restaurativa en Chile, y continúa con una serie de proposiciones de política pública vinculadas a la incorporación específica de modelos de justicia restaurativa en Chile (*infra* V). Esto, con el objeto de provocar las preguntas de rigor entre los actores jurídicos: ¿es conveniente incorporar algunas de las experiencias comparadas?, ¿en qué áreas?, ¿cuáles serían las ventajas y desventajas?, ¿son compatibles con nuestro ordenamiento jurídico?, ¿cuánto cuesta adaptar nuestro sistema y financiar programas de justicia restaurativa?, ¿cuáles serían los requerimientos para su implementación?, ¿cómo coordinar iniciativas de este tipo con los mecanismos formales vigentes?, y, en el ámbito penal, ¿sobre qué clase de delitos debiera aplicarse?, y ¿en cuáles categorías de

infractores y víctimas? Este documento se hace cargo de responder tan sólo algunas de estas preguntas, aportando directrices para iniciar el debate respecto de las restantes.

Por último, la investigación termina con las recomendaciones y conclusiones más llamativas a las cuales hemos arribado con motivo de esta pesquisa exploratoria (*infra* VI), extendiendo la invitación a debatirlas públicamente.

II. MARCO TEÓRICO

1. Aproximaciones Preliminares

Definir justicia restaurativa no es tarea fácil. Por una parte, son variadas las prácticas que en distintos lugares del mundo se han identificado como restaurativas (vgr., la mediación víctima-ofensor, las conferencias del grupo familiar, los círculos comunitarios, etc.), de forma tal que no siempre es factible realizar una definición conforme al tipo de procedimiento adoptado en cada una de ellas. Por otra parte, dichas prácticas colocan el énfasis en valores distintos, los cuales están frecuentemente vinculados al tipo de tradición teórica y cultural que ha dado origen a cada práctica en concreto. Así, los Programas de Reconciliación Víctima-Ofensor (VORP) surgidos de la tradición cristiana en justicia restaurativa tienden a enfatizar el valor de la reconciliación o restauración de las relaciones personales; en tanto que las Conferencias del Grupo Familiar surgidas de la tradición comunitaria e indígena maorí en Nueva Zelanda dan particular énfasis al valor de inclusión de un espectro amplio de partes en la resolución del conflicto, incluyendo a la víctima concreta y directa, al ofensor y a la comunidad de cuidado o grupo de apoyo de las partes.

Se ha sostenido que parte de la dificultad de articular un concepto de justicia restaurativa se debe a que constituye una teoría en formación, o más aún, que constituiría una práctica en búsqueda de una teoría, y que muchas de las prácticas que hoy se conocen como restaurativas surgieron con bastante antelación a que se las identificara concretamente con esa noción². Lo que sí se puede determinar con certeza es que constituye un movimiento de carácter internacional cada vez más creciente de reforma a la justicia penal occidental, originado básicamente en la cultura jurídica anglosajona, pero que ha comenzado a extenderse paulatinamente hacia países de Europa, África y Oceanía. En tal sentido, el criminólogo John Braithwaite ha afirmado que la justicia restaurativa configura el principal movimiento de reforma a la justicia criminal del período de los noventa y entrando al nuevo milenio³.

Es interesante destacar, por un lado, que ella se ha implementado básicamente en el ámbito de la justicia juvenil, si bien también ha comenzado a aplicarse en forma creciente en el ámbito de los adultos⁴, y

² DALY, Kathleen: "Restorative Justice: the Real Story", en *Punishment and Society*, Vol. 4, Nº1, pp. 55-79 (versión en español: "Justicia Restaurativa: La Historia Real", en *Revista CREA*, Vol. 4, Nº 4, Universidad Católica de Temuco, 2003).

³ BRAITHWAITE, John: "Restorative justice", en TONRY, M. (ed.): *The Handbook of Crime and Punishment*. Oxford University Press, 1998, pp. 323-344.

⁴ Una excepción la constituye el desarrollo de la justicia restaurativa en Francia, donde ha surgido primero y en forma prioritaria en relación a la justicia penal de adultos.

por otro lado, la justicia restaurativa ha alcanzado un importante grado de reconocimiento en el ámbito del derecho internacional a través de su incorporación en instrumentos internacionales⁵.

Finalmente, son muchos los movimientos y las perspectivas teóricas que anteceden a la teoría de la justicia restaurativa y que han contribuido a su desarrollo. Si bien algunos difieren bastante de ella, de todas formas plantean problemas y objetivos similares. Entre estos movimientos complementarios es posible destacar: el movimiento de justicia informal, el movimiento de restitución, la perspectiva abolicionista, el movimiento en pro de la reforma de las prisiones, el movimiento en pro de la reconciliación y mediación víctima-infractor, y el movimiento pro víctimas.

2. Concepto

A pesar de la dificultad de definir a la justicia restaurativa, se consignan a continuación algunos de los conceptos más aceptados. Según Tony Marshall, "la justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro"⁶. Lo destacable de este concepto es que enfatiza dos principios o ideas centrales de la justicia restaurativa. Primero, se refiere a la inclusión de nuevos actores o partes en la resolución del conflicto jurídico-penal: la víctima, el autor, y otras personas afectadas por el delito como las familias de las partes y los miembros de la comunidad. En esta noción subyace la idea de que el delito no es sólo un problema entre el Estado y el imputado, sino que, antes que nada, y como ha afirmado Nils Christie, es un conflicto entre las partes directamente afectadas por el delito⁷, conflicto que por cierto ha sido históricamente usurpado por los profesionales de la justicia penal formal. Segundo, este concepto enfatiza la idea de la justicia restaurativa como un proceso participativo y deliberativo, que reúne –ojalá en un mismo lugar y mediante un encuentro personal– a las partes directamente afectadas por el delito, a fin de que, a través del diálogo y la comunicación de hechos e intercambio de emociones, puedan llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio sobre cómo reparar el daño originado por el delito.

⁵ Más adelante se destacará el papel de la *Resolución de Naciones Unidas sobre Principios Básicos en el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Asuntos Criminales* (ECOSOC, 2000).

⁶ MARSHALL, Tony: *Restorative Justice. An Overview*. Home Office, 1999.

⁷ CHRISTIE, Nils: "Conflicts as Property", en *The British Journal of Criminology*, Vol. 17, N°1, 1977, pp. 1-14.

A la visión de Marshall se le ha criticado el hecho de no enfatizar los resultados de carácter restaurativo, prestando demasiada atención a los procesos restaurativos. Así, Bazemore y Walgrave proporcionan una definición distinta pero complementaria a la de Marshall, señalando que ella constituye "toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito"⁸.

Esta definición permite distinguir cuatro niveles distintos en el debate sobre la teoría de la justicia restaurativa: (1) ¿cuál es el daño causado por el delito?, (2) ¿quién (y qué) debe considerarse como víctima del delito?, (3) ¿cómo puede ese daño ser restaurado o reparado?, (4) ¿qué es la justicia y cómo puede obtenerse?

La primera de estas preguntas apunta a una distinción fundamental entre la justicia restaurativa, por una parte, y la retributiva y rehabilitadora por la otra, ya que la principal pregunta que aquella plantea frente a la comisión de un delito consiste en indagar cómo se puede reparar el daño causado, en vez de ocuparse del castigo y la rehabilitación del autor del delito.

La segunda de estas interrogantes pretende definir quién debiera ser considerado como víctima del delito. Normalmente se acoge que la reparación del daño debiera beneficiar primero a la víctima concreta y directa del delito y que, dependiendo de las circunstancias, también podría ir en beneficio de víctimas secundarias (*vgr.*, los sobrevivientes de un homicidio), la comunidad local en donde el delito ocurrió, y la sociedad en general⁹. No obstante, se discute la inclusión de la comunidad como víctima debido a la dificultad en definir qué es o qué se entiende por comunidad y el establecimiento de una manera concreta para reparar el daño a la comunidad. También se discute la inclusión de la sociedad en general por temor a que ello lleve a una vuelta a la retribución en la cual el Estado es visto como la principal víctima del delito.

La tercera pregunta apunta a la distinción entre procesos y resultados restauradores. Para Walgrave¹⁰ y otros autores, constituyen justicia restaurativa tanto los resultados reparadores, incluyendo la restitución, compensación, reparación, reconciliación y disculpas, como los procesos restaurativos que incorporan mediación (in)directa, conferencias comunitarias, entre

⁸ BAZEMORE, Gordon, WALGRAVE, Lode: *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*. Criminal Justice Press, Monsey, 1999, p. 48.

⁹ VAN NESS, Daniel, STRONG, Karen Heetderks: *Restoring Justice*. Anderson Publishing, Cincinnati, 1997.

¹⁰ WALGRAVE, Lode: "Extending the Victim Perspective Towards a Systemic Restorative Justice Alternative", en CRAWFORD, A., GOODEY, J. (eds.): *Integrating a Victim Perspective Within Criminal Justice: International Debates*. Ashgate, Aldershot, 2000, pp. 253-283.

otras opciones. En cuanto a estas últimas, se señala que su característica distintiva radica en la *voluntariedad* de la participación de las partes.

Una de las implicancias de esta postura es que permite incluir dentro de la noción de justicia restaurativa no sólo los procedimientos deliberativos, informales y voluntarios que tienen lugar fuera o en paralelo al sistema de justicia penal formal, sino que también a aquellos resultados de naturaleza restaurativa que emanan de procesos formales, coercitivos y con intervención judicial. Un ejemplo de estos últimos serían la restitución o el servicio en beneficio de la comunidad y que son impuestos por una autoridad judicial. De esta forma, quienes abogan por este concepto amplio de justicia restaurativa incluyen principios restaurativos al interior del proceso judicial formal, siendo preferidos (en cuanto sanción) a las respuestas retributivas (*vgr.*, cárcel) o rehabilitadoras (*vgr.*, tratamiento terapéutico). Su visión no es absolutista o radical, pues no proponen reemplazar al actual sistema de justicia penal-formal-liberal, sino que plantean una co-existencia entre ambos sistemas, pero instando a que el sistema criminal en su conjunto se guíe principalmente por principios restaurativos. Compatibilizar a la justicia restaurativa con procesos coercitivos judiciales supone que lo propiamente restaurativo radicará en los resultados (*vgr.*, reparación, restitución, etc.) y no tanto en los procesos, por cuanto estos últimos requerirían del elemento de voluntariedad en la participación. Este es un aspecto controvertido dentro del movimiento de justicia restaurativa; la aceptación o no de la co-existencia entre justicia restaurativa y la coerción no es un asunto claramente definido. En todo caso, la mayoría de los autores acepta que la justicia restaurativa debe adecuarse y dar respuesta también a situaciones en las cuales intervenga el aparato judicial formal de carácter coercitivo, de lo contrario quedará relegada como una forma de justicia marginal dentro del sistema penal en su conjunto.

Finalmente, la cuarta pregunta apunta a la discusión acerca del significado de justicia. Si bien hay numerosos planteamientos al respecto desde el debate restaurador¹¹, un aspecto central que distingue a la justicia restaurativa en relación a la justicia liberal-formal, implica aceptar que aquélla incluye elementos subjetivos en la definición de lo justo. En efecto, lo justo se determina principalmente por un sentimiento de las partes de haber sido tratadas con equidad y de sentirse satisfechas con la respuesta restauradora, más que en la aplicación correcta de un procedimiento y reglas objetivas. Otros autores destacan que la justicia restaurativa también se alcanza mediante la observancia de reglas del debido proceso

¹¹ Véanse BRAITHWAITE, John: "Inequality and Republican Criminology" en HAGAN, J., PETERSON, R. D. (eds.): *Crime and Inequality*. Stanford University Press, Palo Alto, 1995, pp. 277-327; BRAITHWAITE, J., PETTIT, Ph.: *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*. Clarendon Press, Oxford, 1990.

y que son básicas para las partes; en particular, Walgrave sostiene como derechos mínimos que debe contemplar la justicia restaurativa los siguientes: (a) asegurar a las partes que su participación sea voluntaria y no sujeta a coerción, (b) que los acuerdos sean razonables y en proporción a la gravedad del daño causado y a las capacidades y responsabilidad personal del imputado, y (c) cada vez que se requiera de una respuesta coercitiva se respeten los principios del debido proceso, legalidad y proporcionalidad¹².

Un tercer concepto bastante difundido de justicia restaurativa es el proporcionado por Van Ness y Strong, quienes la definen en base a los valores que subyacen a los procesos y/o resultados restaurativos. Según Van Ness y Strong, cuatro son los valores básicos de justicia restaurativa:

1. *Encuentro*: consiste en el contacto personal y directo entre víctimas, autores y/u otras personas que puedan servir de apoyo a las partes y que constituyen sus comunidades de cuidado¹³. Esto requiere que en lo posible se den tres elementos adicionales al encuentro entre los participantes, a saber: (1) narrativa, es decir, que las partes relaten sus versiones del conflicto, desde su propia subjetividad; (2) las emociones, esto es, que las partes muestren sus emociones durante el encuentro; finalmente, (3) entendimiento mutuo, que implica que las partes hablen a la vez que escuchen al otro, y que lo hagan con entendimiento, de manera tal que pueda surgir empatía entre ellas. Los elementos de encuentro, narrativa y emociones conducen al entendimiento y, a su vez, cuando hay entendimiento, las posibilidades de alcanzar un acuerdo que satisfaga las necesidades de todos los involucrados y que sea practicable o realista se incrementan.
2. *Reparación*: es la forma restaurativa por medio de la cual el sistema de justicia responde al daño causado a la víctima. Incluye restitución (devolución de la propiedad, pago monetario y trabajo en beneficio de la víctima) y otras sanciones reparativas que requieren que el autor asuma su responsabilidad por el hecho delictivo. Para Van Ness y Strong la reparación debe ir primero que nada en beneficio de la víctima concreta y real, y luego, dependiendo de las circunstancias, puede beneficiar a víctimas secundarias y a la comunidad¹⁴.

¹² WALGRAVE, L., *supra* nota 10, p. 262. Más adelante (*infra* IV) se analizarán los estándares mínimos generalmente aceptados para la justicia restaurativa.

¹³ BRAITHWAITE, John: *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge University Press, 1989.

¹⁴ VAN NESS, D., STRONG, K., *supra* nota 9, p. 92.

3. *Reintegración*: se refiere a la reintegración tanto de la víctima como del autor en la comunidad. Esto significa no sólo tolerar la presencia de la persona en el seno de la comunidad sino que, más aún, contribuir a su reingreso como una persona integral, cooperadora y productiva. La necesidad de reintegración surge de la experiencia común de alienación y estigmatización que sufren víctimas y ofensores y, por tanto, requiere la superación de dicho estado de ánimo. La comunidad tiene en la perspectiva restauradora un rol fundamental que cumplir en ayudar a víctimas y ofensores a reintegrarse en la misma. Para las víctimas esto puede consistir en tener acceso a servicios de ayuda a sus necesidades materiales, psicológicas y médicas. La reintegración es particularmente importante para el ofensor cuando ya ha sido sancionado y sobre todo cuando sale de prisión.
4. *Participación o inclusión*: se destacan las oportunidades de cada parte para involucrarse de forma directa y completa en todas las etapas de encuentro, reparación y reintegración. Requiere de procesos que transformen la inclusión de las partes en algo relevante y valioso, y que aumenten las posibilidades de que dicha participación sea voluntaria¹⁵.

Estos valores que han sido brevemente reseñados en este apartado pueden ser realizados en distintas etapas de los procedimientos penales, y bajo diversas prácticas. Esta conceptualización tiene la ventaja que permite diseñar estrategias de implementación de la justicia restaurativa en cada sistema legal, sin que éste deba adoptar uno u otro modelo existente en la práctica, sino más bien adaptar los procedimientos que mejor realicen los valores de la justicia restaurativa en el contexto socio-cultural de que se trate. Más aún, ello permite establecer una agenda progresiva de implementación, *vgr.*, a través de reforzar el valor o principio de reparación a las víctimas, o de manera más estructural, estableciendo los principales valores de la justicia restaurativa como objetivos del sistema de justicia penal o juvenil. Tales valores serán especialmente relevantes en la discusión que se abordará más adelante (*infra* V).

De todos los conceptos aquí esbozados, para efectos de este estudio se entiende por justicia restaurativa la definición proporcionada por Walgrave y Bazemore, como "toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito"¹⁶, y ello por las siguientes razones: Primero, porque esta definición incluye tanto a los procesos como a los resultados de carácter

restaurativo. Segundo, porque pareciera enfatizar la reparación del daño causado como el valor fundamental de la justicia restaurativa. La reparación debiera ser el concepto límite de la justicia restaurativa, de tal modo que si bien es posible hablar de justicia restaurativa cuando no hay un proceso voluntario, participativo y cooperativo, pero sí hay un resultado reparatorio (*vgr.*, trabajo en beneficio de la comunidad ordenado por el juez), no sería posible en cambio calificar de justicia restaurativa a un proceso participativo, deliberativo y voluntario en que se acordara la pena de muerte del autor del delito. Tercero, porque esta definición genera las cuatro preguntas más relevantes en el debate restaurativo, tanto desde una perspectiva filosófica, como práctica: ¿qué es lo que debe ser reparado?, ¿a quién?, ¿cómo?, y ¿qué es la justicia y cómo puede ser alcanzada?

Sin embargo, estimamos que esta perspectiva amerita necesariamente ser complementada con lo indicado por Van Ness y Strong, máxime si el presente documento pretende otorgar orientaciones para una política pública en justicia restaurativa. El concepto de justicia restaurativa proporcionado por Van Ness y Strong en base a "valores" se aproxima más a lo que constituye el movimiento internacional de justicia restaurativa, en el que coexisten en la práctica una gran diversidad de procedimientos y modelos que se autocalifican de restaurativos, y que realizan valores distintos y/o que los satisfacen en diferentes grados de intensidad, adecuándolos a sus propios proyectos ideológicos específicos. Dichos valores, no obstante, bien pueden reconducirse a los cuatro pilares fundamentales descritos por Van Ness y Strong. Pareciera ser que la concepción de justicia restaurativa conforme a estos cuatro valores fundamentales refleja de manera más fidedigna la diversidad, creatividad y pluralismo del movimiento restaurativo. En el Capítulo III se podrá apreciar, precisamente, cómo dichos valores son incorporados en distintas formas y grados por las cuatro experiencias internacionales exitosas que allí se analizan. Finalmente, la concepción de Van Ness y Strong —en base a los cuatro valores de la justicia restaurativa— es correcta para efectos de diseñar una agenda de implementación progresiva de la justicia restaurativa, permitiendo un avance gradual de la misma en los distintos ámbitos de justicia, e inclusive en la propia sociedad civil, a través de la concreción paulatina de tales valores.

3. Orígenes

a) Orígenes inmediatos en Occidente

Albert Eglash utilizó por vez primera la expresión *restorative justice*, en su artículo "Beyond Restitution: Creative Restitution" (1977), donde sugiere la existencia de tres tipos básicos de justicia criminal: (1) la

¹⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹⁶ BAZEMORE, G., WALGRAVE, L., *supra* nota 8, p. 48.

justicia retributiva, basada en el castigo, (2) la justicia distributiva, basada en el tratamiento terapéutico de los infractores, y (3) la justicia restaurativa, basada en la restitución/reparación¹⁷.

Existen muy pocos investigadores que se han dedicado a estudiar los orígenes de la justicia restaurativa en Occidente, y en general la mayoría estima que no es una práctica original, aceptando la pre-existencia de concepciones parecidas de justicia en forma más o menos permanente desde los comienzos de la civilización occidental. Algunos, como Braithwaite, postulan que la justicia restaurativa ha sido el modelo predominante en la historia de la humanidad, por lo que ésta tendría sus raíces tanto en el mundo occidental como no-occidental. Quienes plantean que la justicia retributiva-estatal ha sido la imperante en el mundo occidental lo hacen porque probablemente parten de la idea de que ésta se contrapone a una noción de justicia de venganza privada, sangrienta e irracional, y no a una forma de resolución de los conflictos de tipo restaurativo.

Se ha producido una polémica entre los autores acerca de los orígenes de los conceptos de crimen y castigo, existiendo incluso opiniones como la de Llewellyn y Howse¹⁸ para afirmar que tales conceptos eran desconocidos tanto en la Grecia Clásica como en la Roma Imperial, en donde lo que nosotros comprendemos hoy como crimen y castigo habría tenido significaciones completamente diferentes. Incluso la tan conocida *Ley del Talión* de la tradición hebrea —utilizada desde siempre como justificación a la idea de justicia retributiva— podría deberse a una mala traducción¹⁹, y que la frase “ojo por ojo, diente por diente”, no sólo constituiría un límite a la venganza ilimitada, sino que además ni siquiera sería un mandato o imperativo, quedando libre la alternativa de renunciar a la retribución. Según lo informado por Martín Buber, la traducción correcta sería “un ojo como compensación de un ojo, y un diente como compensación de un diente”, sugiriendo que el objeto de la *Ley del Talión* era lograr la paz a través de la compensación, asegurando los balances de poder entre los distintos grupos sociales²⁰. Por otra parte, la expresión *shalom* (paz), fundamental en el Antiguo Testamento, revela que la noción de justicia del pueblo judío se centra más bien en la restauración que en la retribución²¹.

¹⁷ SCHMID, Donald: *Restorative Justice in New Zealand: A Model for U.S. Criminal Justice*, 2001, en <<http://www.fullbright.org.nz/voices/axford/docs/schmidd.pdf>>; complementado por LLEWELLYN, Jennifer, HOWSE, Robert: *Restorative Justice, a Conceptual Framework*, Law Commission of Canada, Ottawa, 2003.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ LLEWELLYN, J., HOWSE, R., *supra* nota 17 (citando a BIANCHI, Herman: *Justice as Sanctuary: Toward a System of Crime Control*, Bloomington: Indiana University Press, 1994).

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Para una profundización del tema de los inicios de la justicia restaurativa en Occidente, véase LLEWELLYN, J., HOWSE, R., *supra* nota 17.

Es evidente que la resolución de conflictos al interior de numerosos pueblos o comunidades, a lo largo de toda la historia, tuvo en cuenta aspectos restaurativos, aunque no se puede negar la coexistencia con modelos retributivos y distributivos. Es así como durante muchos siglos fue la propia comunidad la que debía resolver sus problemas *ad intra*, a través de la reparación del daño ocasionado, ya sea que éste fuera de naturaleza física, económica, o lisa y llanamente relacional.

El movimiento hacia una justicia formal, pública y estatal acogió con mayor inclinación los conceptos retributivos. Esto se aprecia con nitidez en Occidente hacia los siglos XI y XII, claro que sin negar la relevancia de la justicia comunitaria e informal, lo cual normalmente se atribuye a la circunstancia que las monarquías emergentes necesitaban demostrar su poder y dominio en forma práctica. Así, el Rey (o Príncipe) y por extensión el Estado, pasó a reemplazar a la víctima personal y directa, y el delito pasó de ser una ofensa en contra de la víctima y de la comunidad, una ofensa en contra de la paz del Rey.

No fue sino hasta comienzos del siglo XIX que este modelo de justicia formal fue definitivamente instaurado como hegemónico en la resolución de conflictos. La atención se centró en la conducta del acusado, no en los efectos de sus acciones, y el problema del crimen se centró en la idea de violación de una norma, no en la idea del daño que éste causó. Principios y postulados iusnaturalistas como la soberanía del pueblo, la igualdad ante la ley, *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, la separación de poderes, entre otros, enfatizaron la urgencia de contar con órganos especializados en la aplicación de la ley, lo cual sumado a la tendencia codificadora hizo perder vigencia a las prácticas restauradoras propias de comunidades menos institucionalizadas que los emergentes estados nacionales.

Desde un punto de vista criminológico, John Braithwaite, en *Crime, Shame and Reintegration* (1989)²², ha desarrollado la teoría de la “vergüenza reintegradora”, proporcionando un fundamento empírico para adoptar modelos de justicia restaurativa que serían más efectivos en el control de la criminalidad que la justicia retributiva (evitando producir la estigmatización de los ofensores). La estigmatización acarrea la dificultad de llevar una vida como ciudadanos responsables de la comunidad. Braithwaite alega que la vergüenza es una emoción que se genera cuando los actos delictuales son reprobados por quienes tienen un lazo de cuidado con el ofensor, y que ésta tendría efectos preventivos de la criminalidad. Sin embargo, para que la vergüenza no degenera en estigmatización y alienación del autor, es necesario que se mantenga durante el acto de reprobación social o comunitaria un permanente vínculo de respeto por

²² BRAITHWAITE, J., *supra* nota 13.

la persona del ofensor y que, seguida de actos de arrepentimiento y perdón, continúe con actos concretos de reintegración del ofensor a la comunidad.

De más está decir que esta posición ha sido criticada por las teorías del *labelling approach* como criminógenas, aunque no se puede desconocer que ha ayudado en el desarrollo y afinamiento de numerosos programas de justicia restaurativa, siendo uno de los más conocidos el modelo *Waga Waga* de Conferencias Comunitarias o Familiares desarrollado en Australia.

Desde el punto de vista estrictamente normativo, el primer país occidental que legisló sobre el tema fue Nueva Zelandia, a través de la *Children, Young Persons and Their Families Act* (1989), mediante la cual fueron institucionalizadas las Conferencias Familiares.

b) Orígenes en movimientos socio-políticos y perspectivas teóricas críticas al sistema legal formal

La justicia restaurativa surge en parte como respuesta a una percepción de crisis que afectaría al sistema legal formal de corte liberal. Esta percepción de crisis es anterior al surgimiento de la justicia restaurativa y posee muchas expresiones. Por ejemplo, en el ámbito específicamente penal existen dos grandes manifestaciones de esta crisis: (1) la incapacidad de los estados de satisfacer las expectativas y demandas públicas de seguridad ciudadana y de represión de la criminalidad, y (2) el colapso del ideal rehabilitador —durante la década de 1970— que gatilló un pesimismo entre criminólogos y operadores del sistema de justicia criminal conocido como *nothing works* (literalmente, nada funciona)²³.

Variadas son las teorías y respuestas que los estudiosos del tema y los gobiernos han intentado dar a esta crisis de legitimidad, destacándose entre ellas el desarrollo de perspectivas administrativistas y de costo-beneficio en el manejo del sistema penal, así como también de políticas y discursos duros en torno al control de la criminalidad, también llamadas de “ley y orden”.

Entre los movimientos socio-políticos y perspectivas teóricas que tratan el tema de la crisis de los sistemas legales y que los cuestionan, influyendo posteriormente en el surgimiento de la justicia restaurativa, se encuentran: (1) la justicia informal, (2) la justicia comunitaria, y (3) el abolicionismo.

²³ GARLAND, David: “Penal Modernism and Postmodernism”, en BLOMBERG, T., COHEN, S. (eds.): *Punishment and Social Control*. Aldine de Gruyter Publishing, Nueva York, 1995; GARLAND, David: “The Limits of the Sovereign State. Strategies of Crime Control in Contemporary Societies”, en *British Journal of Criminology*, Vol. 36, N° 4, 1996, pp. 445-471.

En cuanto al movimiento de justicia informal, baste aclarar que éste se desarrolla aproximadamente en los años 70, y que agrupa a una serie de prácticas de justicia alternativa al proceso penal-formal-liberal, incluidas la justicia comunitaria y el movimiento de resolución alternativa de conflictos (*Alternative Dispute Resolution - ADR*)²⁴. Por ello es que no debe considerársele como un movimiento demasiado distinto de los anteriores, ya que comparten rasgos similares. Es útil destacar de este movimiento sus explicaciones en torno a la crisis de los sistemas legales y de la ley en cuanto tal, las que se pueden resumir en tres grandes grupos: (1) crisis de manejo, (2) crisis de legitimidad, y (3) crisis de efectividad²⁵.

1. *Crisis de manejo*: se refiere a los problemas del uso o recurso demasiado extensivo a la ley para la regulación de los conflictos sociales, y a la sobrecarga de causas en los tribunales. Se plantea que la reducción en el número de causas que ingresen al sistema formal puede redundar en un mejoramiento en la calidad de la justicia y en una reducción de las demoras en el procesamiento de causas.
2. *Crisis de legitimidad*: se expresa en la percepción de que la justicia legal es clasista y que oprime a los más pobres. Se le critica su falta de igualdad ante la ley, el restringido acceso a la justicia y a la defensa legal, y la preeminencia de un sistema de carácter adversarial que produce ganadores o perdedores.
3. *Crisis de efectividad*: dice relación principalmente con las cifras que indican un aumento en la criminalidad, a pesar del incremento de los recursos fiscales, policiales y privados en el ámbito de la seguridad, y de la concreción de numerosas iniciativas encaminadas a controlar el comportamiento de las personas, tanto en público como en privado.

A raíz de estas críticas surgen variadas propuestas desde la justicia informal expresadas en la creación de programas de justicia comunitaria, centros de resolución alternativa de conflictos, y otros. Tres importantes propuestas de reforma que de alguna manera constituyen valores inherentes a la justicia restauradora son las llamadas “Tres D”: desprofesionalización, desregulación legal y descentralización. La primera dice que ver con la reducción de la intervención de los profesionales en la resolución de los conflictos. La segunda, estrechamente vinculada a la anterior, se refiere a la creación de procesos más inclusivos que reúnan a la mayor cantidad de partes involucradas en el conflicto para su resolución, lo cual supone

²⁴ MATTHEWS, Roger: “Reassessing Informal Justice”, en MATTHEWS, R. (ed.): *Informal Justice?* Sage Publications, Londres, 1988, pp. 1-24.

²⁵ *Ibidem*.

un traspaso del poder de decisión desde el estado y sus profesionales hacia las partes y los foros de regulación social informales (familia, escuela, lugares de trabajo, etc.). Esto dice relación con la posibilidad de creación de universos normativos distintos a los regulados por la ley y las cortes estatales. Por último, y no menos relevante, la descentralización consiste en el traspaso del poder de decisión sobre los conflictos a foros locales de resolución de conflictos, y que contemplen una mayor participación de la comunidad. También consiste en el fortalecimiento de los mecanismos informales de control social (familia, escuela, trabajo), de modo que quienes cometen acciones desviadas y/o delictuales sean primeramente contenidos dentro de estas instancias informales, dejando sólo los casos más graves de delincuencia para el sistema de control formal²⁶.

En cuanto al abolicionismo, la principal crítica que este movimiento formula al sistema penal y que es ampliamente recogida por la teoría de justicia restaurativa, está basada en las ideas de Nils Christie, contenidas en su artículo "Conflicts as Property" (1977)²⁷. A propósito de un estudio sobre las formas de justicia practicadas en una villa de Tanzania, en comparación con el funcionamiento de las cortes en Gran Bretaña, Estados Unidos y Noruega, Christie llega a la conclusión que los tribunales y los profesionales ligados al derecho le han "robado" la propiedad de su conflicto a las partes directamente involucradas, privándolos de uno de los encuentros rituales más importantes de sus vidas: un ritual de participación democrática y de clarificación de normas respecto a lo que debe o no considerarse delito y acerca de la forma apropiada para enfrentar las situaciones delictivas. En suma, esta teoría recomienda devolver el conflicto a sus reales dueños, quienes debieran ser los protagonistas de su resolución.

La justicia comunitaria²⁸, por último, debe gran parte de sus elaboraciones y propuestas teórico-prácticas a estudios antropológicos sobre las formas de justicia en sociedades tribales. La justicia comunitaria rescata la valorización de los mecanismos informales de control social por sobre los formales, así como también, la promoción de la resolución de conflictos en el contexto comunitario. Se comparte la crítica a los sistemas formales de control social, que habrían provocado una erosión de la capacidad de resolución de conflictos y de prevención del crimen por parte de la comunidad y de otras instancias informales de control social como la familia. Una de las relaciones más significativas entre la justicia comunitaria y la restaurativa radica en que esta última es vista como una

²⁶ *Ibid.*, p. 6 (citando a R. Abel).

²⁷ CHRISTIE, N., *supra* nota 7.

²⁸ MERRY, Sally Engel, MILNER, Neal (eds.): *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*. The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1993, pp. 3-30.

forma de re-establecer los lazos sociales rotos y, por tanto, de reconstruir a la comunidad de comunidades en las sociedades industriales occidentales contemporáneas. Los programas de justicia comunitaria, tales como los Centros de Justicia Comunitarios surgidos en Estados Unidos (entre los cuales destaca el *San Francisco Community Board* para disputas civiles, vecinales y penales), enfatizan los valores de empoderamiento de la comunidad, y valoran—a diferencia de algunos planteamientos restaurativos como el de Walgrave— el proceso comunicativo que se da entre las partes por sobre los resultados restauradores o reparadores.

c) Orígenes remotos

La literatura especializada ha hecho un esfuerzo por demostrar que lo que en la actualidad conocemos como prácticas de justicia restaurativa se encuentra íntimamente relacionado con antiguos mecanismos de resolución de conflictos empleados en diversas latitudes y continentes. A continuación se revisan algunas de estas vinculaciones.

Antecedentes asiáticos

Los valores y principios restaurativos pueden ser encontrados en una serie de tradiciones atávicas de la mayoría de los pueblos no-occidentales. En los pueblos del lejano oriente, las raíces se pueden encontrar en los principios y valores budistas y confucionistas. De hecho, Confucio puede ser considerado como uno de los más grandes pensadores restaurativos de la historia²⁹. La teoría confucionista del control social se apoya precisamente en hacer entender los efectos que las propias acciones tienen en los otros, y en exponer públicamente buenas acciones de quienes son considerados virtuosos. Confucio centra el problema del crimen más en la vergüenza y el arrepentimiento que en el castigo, y la vergüenza no es algo que la comunidad impone, sino que es el sentimiento que el propio infractor siente al observar el respeto que le profesa quien es virtuoso³⁰.

Un caso singular es el de Japón, cuyo sistema actual de justicia criminal encuentra sus orígenes en los modelos alemán y norteamericano, y a pesar que contiene la mayoría de los elementos de la justicia formal, es factible encontrar en él una serie de elementos restaurativos que no constituyen un mero añadido accesorio al sistema, sino que implican una verdadera reorientación del mismo. Es así como existe un patrón de confesión, arrepentimiento y absolución que estructura todo el sistema de persecución penal. Desde el mismo comienzo de la interrogación policial,

²⁹ Cfr. CLEARY, Thomas: *The Essential Confucius*. Harper Collins, Nueva York, 1993.

³⁰ Cfr. BRAITHWAITE, John: *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press, 2003.

la gran mayoría de los acusados confiesa, demuestra arrepentimiento, pide perdón a las víctimas de sus actos y se somete a la clemencia de las autoridades. Como contrapartida, en general el infractor es tratado con extrema indulgencia. De hecho, aparte de los factores que son considerados por todo sistema de justicia formal, como son la naturaleza, gravedad y circunstancias del delito, y la edad, y circunstancias modificatorias de responsabilidad, en el sistema japonés se toman en cuenta factores como la aceptación de responsabilidad, el arrepentimiento, compensaciones a la víctima y la voluntad de la víctima de perdonar, para la toma de la decisión de denunciar, acusar y sentenciar al infractor.

En Medio Oriente también existe una larga y extendida tradición de prácticas restaurativas, cuyo fundamento emana de los dictados del Corán, ya que aún en casos muy graves como el de homicidio, se permite que los herederos de la víctima perdonen al agresor y busquen una reparación alternativa, la que puede consistir en una retribución monetaria, llamada *diyat*³¹. Es de tal relevancia esta facultad concedida a los herederos de la víctima, que si éstos son más de uno, y sólo uno quiere perdonar al agresor y recibir una compensación en vez de retaliación, los demás herederos deben así aceptarlo y todos recibirán su *diyat*³². El Corán incluso va más allá y permite que la familia de la víctima perdone al agresor, aún cuando el estado haya fallado en su contra. Así, el profesor Anwarullah hace presente que las enseñanzas del Corán expresan una y otra vez que antes que el castigo aportado por el Estado, el cual sólo deberá ser aplicado cuando los intereses de la comunidad así lo exijan, se debe intentar llegar a acuerdos entre víctimas y agresores, ya que constituye siempre una mejor solución.³³ Este autor basa sus conclusiones en aquel versículo del Corán que dice "*And compromise is better*" (4:128).

Dándole una estructura a estos principios, en algunos países del Medio Oriente aún se practica la antiquísima tradición Palestina del *Sulha*, esto es, una reunión entre la familia del infractor y la familia de la víctima, organizada por miembros respetados de la comunidad —quienes actúan como árbitros—, con el objeto de intentar restaurar la paz entre ambos bandos. Una vez que se llega a algún tipo de acuerdo, la familia del infractor paga una suma acordada y los líderes de la comunidad amarran unos nudos en una bandera blanca o de la paz, para simbolizar un acuerdo

³¹ ANWARULLAH, Prof.: *The Criminal Law of Islam*. A.S. Noorden, Kuala Lumpur, 1997.

³² *Ibid.*, p.73.

³³ *Ibid.* Así, el autor referido señala: "such *ta'zir* punishment is not compulsory in every such case and should only be given when it is needed for public interest (...) Thus compromise with the convict is open to the heirs of the victim at any stage and against anything they mutually agree upon that and to be given or paid to them as agreed upon in the compromise." (pp. 82-83).

que no se puede romper, y el infractor la lleva a la familia de la víctima. Luego se realiza la ceremonia de la *Sulha*, donde se formulan discursos de reconciliación e incluso se comparte una comida y un café amargo³⁴.

Conexiones con la justicia tradicional indígena

Es posible encontrar modelos de justicia restaurativa en diversos pueblos aborígenes. Es así como se ha estudiado el fenómeno en una serie de sociedades pre-coloniales de África, Oceanía y América. Algunos autores indican que esta práctica de modelos restaurativos de los pueblos aborígenes vendría a formar parte de lo que se suele conocer como justicia sagrada: una manera de enfrentar los conflictos y desacuerdos que ayuda a sanar relaciones sociales y entregar soluciones al adentrarse en los orígenes profundos del conflicto.

Es importante no confundir ni homologar justicia restaurativa con justicia indígena. Muchos investigadores han tendido a confundir ambas justicias, sin abordar a fondo las instituciones aborígenes de resolución de conflictos. Si bien éstas tienen una serie importante de mecanismos restaurativos, también utilizan sanciones de otra naturaleza, como son el exilio temporal o permanente y la expulsión de la comunidad. Asimismo, poco se ha profundizado en el hecho que la identidad individual y su relación con conceptos tales como víctima e infractor son profundamente eurocentristas y no siempre coincidentes con las cosmovisiones indígenas de justicia³⁵.

Quizás uno de los pueblos aborígenes más estudiados en relación a la justicia restaurativa es el pueblo Maorí, no sólo de Nueva Zelanda sino de toda la Polinesia y Melanesia, ya que cuenta con cientos de años de tradición oral en este tipo de resolución de conflictos. Destacan ritos ceremoniales donde se discute sobre la comisión de un delito o infracción determinada y, simultáneamente, se producen los procesos de vergüenza o *Whakama*, arrepentimiento, sanación y reintegración a la comunidad³⁶.

En la década de 1980, en Nueva Zelanda se generó un redescubrimiento de estas prácticas, toda vez que los ciudadanos indígenas comenzaron a manifestar públicamente sus discrepancias con el sistema formal de justicia. Las prácticas de justicia formal, sobre todo las que decían relación con la justicia de menores, se contraponían a todas sus

³⁴ BRAITHWAITE, J., *supra* nota 30.

³⁵ Para una completa revisión acerca de las diferencias entre justicia restaurativa y justicia indígena, véase CUNEEN, Chris: "Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control", en *Australia and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 30, N° 3, 1997, pp. 292-311.

³⁶ BRAITHWAITE, J., *supra* nota 30.

creencias y tradiciones; vgr., era inconcebible que funcionarios públicos estuvieran facultados para trasladar a un menor fuera de su hogar, si se cumplían ciertos requisitos³⁷ (para los Maorí, el parentesco y la descendencia son sagrados y el verse privado de un hijo es visto como una ofensa gravísima). Cuando la opinión pública toma conciencia de esta situación se introducen cambios a la ley de menores, y en 1989 se formaliza la institución de las "conferencias familiares" (a través de la *Children, Young Persons and Their Families Act*), las que entregan la decisión de qué hacer con los menores infractores a la familia nuclear (*whanau*) y a la familia extendida (*hapu*), restándole facultades a los funcionarios estatales.

Hay una serie de prácticas de otros pueblos aborígenes que han tenido una influencia importante en el desarrollo de modelos restaurativos. Entre otros podemos destacar las experiencias comparadas de los pueblos indígenas de Canadá (*First Nations*), los numerosos pueblos aborígenes australianos y los indígenas estadounidenses, cuyas prácticas de resolución de conflictos han sido re-descubiertas por Occidente en las últimas décadas, contribuyendo a una suerte de inclinación por aceptar la diversidad social y cultural existente al interior de sus territorios, respetuosa de la integración de tradiciones jurídicas diferentes aunque compatibles.

En estos momentos se observa el inicio de estudios similares en América Latina, con el objeto de precisar la relación entre las prácticas restaurativas y las tradiciones de resolución de conflictos de los pueblos y comunidades indígenas y latinoamericanos³⁸, lo cual permitirá informar de mejor manera los programas que se traten de instaurar en el futuro y las consecuentes correcciones a los sistemas formales³⁹.

³⁷ SCHMID, D., *supra* nota 17.

³⁸ Porejemplo, IRIGOYEN, Raquel: "Hacia un Reconocimiento Pleno de las Rondas Campesinas y el Pluralismo Legal" en *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes*, N°59-60, Vol. 1, Instituto de Pastoral Andina, Cusco, 2002, pp. 31-81 (en este artículo la autora explica las Rondas Campesinas en el Norte de Perú, cuyos objetivos siguen "siendo la reparación de las víctimas y la reintegración del ofensor, su "arrepentimiento" por los daños causados, que "comprenda su error" y no continúe realizando daños").

³⁹ Ver LEDERACH, John Paul, KRAYBILL, Ron: "The Paradox of Popular Justice: A Practitioner's View", en MERRY, S. E., MILNER, N. (eds.): *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*. The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1993, pp. 357-78 (a propósito de modelos de mediación informal en unas villas en Costa Rica). Para el caso chileno, ver SÁNCHEZ, Juan: "El Az Mapu o Sistema Jurídico Mapuche", en *Revista CREA*, Vol. 2, Universidad Católica de Temuco, 2001, pp. 28 y ss. (el autor realiza un análisis acerca de la justicia Mapuche, permitiendo establecer una serie de paralelos y contrastes con los valores subyacentes a la justicia restaurativa); y DURÁN, Teresa, SALAMANCA, María del Rosario, LILLO, Rodrigo: "Estableciendo Límites entre la Costumbre y la Jurisdicción Cívico Nacional en un Sector Mapuche de la Araucanía. Una Aproximación Antropológica-jurídica al Caso del Comité de Vigilancia de Rüpükura del Valle del Chol Chol", en el mismo número, pp. 53 y ss. (se describe el caso del Comité de Vigilancia de

3. Características

Una manera frecuente de caracterizar a la justicia restaurativa consiste en trazar un paralelo con la justicia retributiva. Según Howard Zehr⁴⁰, las principales características de la justicia retributiva serían las siguientes: (1) el crimen es concebido como una violación de una norma legal; (2) cuando se viola una norma, la justicia consiste en establecer la culpabilidad del ofensor; (3) el fin de la determinación de culpabilidad es imponer el justo castigo o justo merecimiento; (4) y ello se hace a través de la imposición de un sufrimiento al autor a través de un conflicto en el cual las reglas e intenciones adquieren un lugar preponderante por sobre los resultados⁴¹. En contraste, para la justicia restaurativa el delito es antes que todo una violación de personas y de relaciones, de modo que la justicia ha de orientarse a la identificación de las necesidades de las partes y a las obligaciones necesarias para reparar el daño, fomentar el diálogo y el acuerdo mutuo y otorgar a las víctimas y autores roles centrales. Así, la justicia (o lo justo) es evaluado de acuerdo al grado en que las responsabilidades se hacen efectivas, y la sanación (de personas y de relaciones) es promovida. En la justicia restaurativa se busca la sanación de la víctima y la reparación de las relaciones interpersonales, se fomenta la responsabilidad activa del autor y se anhela dar respuesta a sus inquietudes. Por último, la justicia restaurativa procura la sanación de la comunidad⁴².

El siguiente cuadro-resumen es tomado de un esquema comparativo desarrollado por Zehr entre ambos formatos puros de justicia⁴³. Permite visualizar las principales características de la justicia restaurativa, en contraste u oposición a la justicia retributiva-formal, tanto desde la perspectiva de sus concepciones sobre el delito como del sentido de la responsabilidad penal y, por cierto, de la justicia:

Rüpükura como una práctica de justicia indígena, de carácter informal, si bien sus orígenes han estado estrechamente vinculados con Carabineros de la zona —más que una práctica restaurativa, se trataría de un caso de justicia comunitaria); LILLO, Rodrigo (coord.): *Resolución de Conflictos en el Derecho Mapuche. Un Estudio desde la Perspectiva del Pluralismo*. Universidad Católica de Temuco, 2003.

⁴⁰ ZEHR, Howard: *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Herald Press, Pennsylvania, 1990.

⁴¹ *Ibid.*, p. 80.

⁴² *Ibid.*, p. 211.

⁴³ Adaptado de ZEHR, H., *supra* nota 40, pp.184-185, 202-203, 211-214.

JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
El crimen es concebido como una violación de normas	El crimen es concebido como un daño infligido a personas y a relaciones interpersonales
El Estado es la víctima	Las personas concretas y sus relaciones son las víctimas
El Estado y el autor del delito son considerados las partes principales	La víctima y el autor del delito son considerados las partes principales
Los derechos y necesidades de las víctimas son ignorados	Los derechos y necesidades de las víctimas son centrales
Las heridas y necesidades del autor del delito son consideradas marginalmente	Las heridas y necesidades del autor del delito son relevantes
El delito se define en términos técnicos y legales	El delito se define en un contexto global: considera el ámbito moral, social, económico y político
La comisión de un delito da lugar a establecer la culpabilidad del autor	La comisión de un delito da lugar a establecer las responsabilidades y obligaciones del autor
La culpabilidad es absoluta e indeleble	La culpabilidad es relativa y se puede remover a través del arrepentimiento y la reparación
El autor contrae una deuda con la sociedad en abstracto	El autor contrae una deuda con la víctima en concreto
La deuda se paga a través del castigo o retribución	La deuda se paga a través de reparar el mal causado
La responsabilidad penal del autor se traduce en "tomar de su propia medicina"	La responsabilidad penal es entendida como responsabilidad activa (<i>accountability</i>) ⁴⁴
Se presupone que el hombre tiene libertad de elección	Se reconoce el rol que juega el contexto social en la libertad del individuo, sin negar la responsabilidad personal del mismo
La justicia se centra en establecer la culpabilidad y en reprochar al autor su actuar delictivo	La justicia se centra en resolver el conflicto
La justicia se enfoca en el pasado	La justicia se enfoca en el futuro
Las necesidades de las partes son secundarias	Las necesidades de las partes son prioritarias
Es un modelo de justicia adversarial, de lucha	Es un modelo de justicia basado en el diálogo
El énfasis se coloca en las diferencias	El énfasis se coloca en los aspectos comunes, compartidos
Es obligatoria la imposición de dolor	Se enfatiza la reparación y la restauración
La restitución es ocasional	La restitución es lo normal
El Estado tiene el monopolio de la respuesta frente al delito	Se otorgan roles a la víctima, el autor y la comunidad en la respuesta frente al delito
Los resultados de la justicia retributiva incentivan la irresponsabilidad del autor	Se incentiva el actuar responsable
Se desarrollan rituales de denuncia de la persona del infractor y de exclusión	Se desarrollan rituales de expresión de dolor y reordenación de las relaciones
Los vínculos del autor con la comunidad son debilitados	Se incentiva la reinserción del autor en la comunidad
El sentido de equilibrio social se logra a través de la retribución del mal causado	El sentido de equilibrio social se logra a través de la restitución o reparación del mal causado
La justicia se mide por la correcta aplicación de normas	La justicia se mide por sus frutos, y por la restauración de las relaciones personales
El proceso es alienante	El proceso se orienta a la reconciliación
El arrepentimiento y el perdón son desincentivados	Se promueve el arrepentimiento y el perdón
Presupone resultados de perdedor-ganador	Se hacen posibles resultados de ganador-ganador

⁴⁴ El término *accountability* es una expresión anglosajona de difícil traducción, aunque equiparable a la noción de responsabilidad activa. Supone que el autor debe reconocer el daño causado a la víctima con su actuar, y debe tomar pasos activos en pro de restaurar, enmendar y/o rectificar el mal causado. Este concepto supera el carácter individualista de la responsabilidad penal clásica, que hace recaer todo el reproche moral en el imputado, asumiendo que éste posee libertad absoluta de elección. El concepto de responsabilidad activa, en cambio, considera el contexto social, económico, psicológico y moral en el cual el crimen tiene lugar, y que influye en la libertad de decisión del autor.

La visión de opuestos entre justicia restaurativa y retributiva refleja una ideología ampliamente compartida por el movimiento de justicia restaurativa. En este contraste, lo "bueno" está representado por la justicia restaurativa y lo "malo" por la retributiva⁴⁵. Sin embargo, esta visión de opuestos no ha estado exenta de críticas. Por ejemplo, Lucia Zedner señala que la caracterización de la justicia penal formal como retributiva no corresponde necesariamente a la forma en que las decisiones judiciales ocurren en la práctica⁴⁶, pues ha de considerarse una multiplicidad de objetivos y filosofías (sean utilitarias y/o retributivas, entre otras), aunque recalca que ello no es necesariamente algo negativo ya que el pluralismo es un elemento necesario de los sistemas penales.

Por su parte, Kathleen Daly también ha criticado el contraste antagónico entre justicia retributiva y restaurativa, a partir de sus observaciones empíricas acerca de cómo las conferencias comunitarias operan en la práctica, las cuales aparentemente exhibirían una serie de valores propios de la justicia retributiva⁴⁷. En su investigación sobre las conferencias comunitarias desarrolladas en Australia entre 1998 y 1999, Daly observó que los participantes en las conferencias llevaban a la práctica, de manera flexible, diversos objetivos y valores de justicia, tales como retributivos, rehabilitadores y restauradores. Daly valora a la retribución, desde una perspectiva filosófica, por el efecto de denuncia que trae aparejado el castigo y por su mensaje de reprobación del delito, y señala que éste debe ser incorporado a la justicia restauradora, siendo una condición necesaria y previa para que los gestos reparatorios y la disponibilidad de la víctima a negociarlos tengan lugar. La retribución marcaría así el comienzo del proceso comunicacional entre la víctima y el autor.

A pesar de estas críticas, el paralelo entre ambas formas de justicia permite identificar sin duda los valores predominantes que cada una de ellas promueve, no obstante que algunas de las características de una forma pura de justicia puedan a veces encontrarse desarrolladas en la otra.

⁴⁵ DALY, K., *supra* nota 1.

⁴⁶ ZEDNER, Lucia: "Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?", en *Modern Law Review*, Vol. 57, 1994, pp. 228-50.

⁴⁷ DALY, K., *supra* nota 1.

II. EXPERIENCIAS COMPARADAS

En este capítulo se analizan cuatro experiencias y/o modelos comparados de justicia restaurativa que sobresalen en el ámbito internacional, ya sea por sus resultados exitosos, sus prácticas generalmente ajustadas a los estándares internacionales sobre justicia restaurativa y/o el éxito que han alcanzado en términos de su expansión o acogida dentro de las estructuras de justicia penal formal.

Asimismo, el análisis de estas experiencias permite reflexionar acerca de la variedad que adoptan las prácticas de justicia restaurativa, tanto en lo relativo a sus procedimientos, sus orígenes, los objetivos y valores que cada una de ellas enfatiza, los tipos de delitos y características de los ofensores, como a la(s) fase(s) del procedimiento penal en que son factibles de ser implementadas, entre otros.

1. Nueva Zelanda

Como fuera dicho, en Nueva Zelanda se re-descubrió la práctica de la justicia restaurativa debido a una necesidad social y política. En un país multicultural como Nueva Zelanda, donde coexisten pueblos aborígenes ancestrales con población de origen europeo y asiático, muchos se estaban sintiendo no interpretados por las instituciones imperantes, las cuales eran de origen exclusivamente occidental, por lo que empezaron a surgir voces que pedían un cambio. Una de las instituciones más cuestionada era la justicia juvenil y su forma de resolver los problemas de los infractores juveniles aborígenes, quienes muchas veces eran sacados de sus familias e ingresados en instituciones estatales, creando un problema muy grave con las tradiciones y creencias aborígenes respecto de la familia y su descendencia. Por esta razón se reestructuró el sistema y se crearon los programas de conferencias familiares, donde la familia del infractor juega un rol fundamental en el destino del menor. Estos programas se aplicaron primero para casos de cuidado y protección del menor y, en una segunda etapa, se extendieron a casos de delincuencia juvenil.

Es así como el sistema de justicia juvenil en Nueva Zelanda busca ser sensible a las diferencias culturales existentes en la sociedad, si bien el grado en que ello se ha logrado en la práctica es objeto de controversia⁴⁸.

⁴⁸ Ver MAXWELL, Gabrielle, MORRIS, Allison: "Research on Family Group Conferences with Young Offenders in New Zealand", en HUDSON, J., MORRIS, A., MAXWELL, G., GALAWAY, B. (eds.): *Family Group Conferences: Perspectives on Policy and Practice*. Federation Press, Annandale, 1996, pp. 88-110.

Nueva Zelanda tiene incorporados legislativamente programas de justicia restaurativa para infractores de ley juveniles desde 1989, y el 2002 el legislador añadió algunos programas restaurativos concretos para infractores adultos, acogiendo iniciativas que en la práctica se venían realizando desde mediados de los años 90. En la actualidad, la *praxis* de la justicia restaurativa está completamente legitimada, y en general los niveles de apoyo y aprobación de la comunidad son altos⁴⁹.

a) *Conferencias Familiares*

Esta forma de programa restaurativo fue la primera en ser aprobada legislativamente en Nueva Zelanda (1989). Hoy en día la inmensa mayoría de los casos de infractores juveniles, con la excepción de algunos delitos como el homicidio, son derivados por la Corte a este tipo de programa.

La Conferencia Familiar consiste básicamente en reunir al infractor junto a un grupo importante de miembros de su familia y a la víctima, y las personas que la apoyan, en conjunto con aquellos profesionales que se han involucrado en el caso. Se invita asimismo al abogado del infractor y a algún miembro de la policía, quien cumple el papel de dar lectura a los cargos. El desarrollo de la conferencia es libre y flexible, y el grupo en su conjunto debe intentar llegar a un consenso acerca del destino del caso, no necesariamente limitado a un acuerdo en una determinada restitución económica, ya que junto a la reparación, el objetivo de la conferencia es lograr una admisión de responsabilidad por parte del infractor, prevenir futuras conductas delictivas y otorgarle poder decisorio a la víctima.

La organización de la conferencia está en manos de un profesional perteneciente al Ministerio de Seguridad Social (y no a la Corte ni al Ministerio de Justicia), con el propósito de alejarlo lo más posible de un modelo de justicia formal.

La idea fundamental detrás de estas conferencias es que al considerar un círculo tan amplio de participantes se involucra a la comunidad entera en la resolución de conflictos, permitiendo que ésta tenga verdadero poder decisorio, reconociéndosele el carácter de víctima accesoria del delito.

El formato típico de una conferencia consiste en que el coordinador da la bienvenida a los participantes. Una vez hechas las presentaciones, el oficial hace una relación de los hechos y entrega una breve descripción acerca del infractor. Luego se le pregunta al infractor si reconoce el hecho y su culpabilidad. Si él lo reconoce,

o al menos admite parte del hecho, se le otorga la oportunidad a la víctima para narrar cómo la falta le ha afectado en su vida. Si la víctima se siente incapaz de asistir, el coordinador puede leer una carta u otro tipo de testimonio en nombre de ella. Frecuentemente a esto le sigue una disculpa o alguna manifestación de arrepentimiento por parte del acusado. Después los participantes discuten con total libertad acerca del caso y proponen soluciones para reparar el mal que se ha causado, a fin de que el infractor asuma su responsabilidad. Luego se le da un tiempo al infractor para reunirse a solas con su familia y discutir el tema en conjunto, para luego presentar un plan de solución a los demás partícipes de la conferencia⁵⁰. Si este plan es aclamado por todos los participantes de la conferencia, el coordinador lo pone por escrito y se procede a la firma de rigor. Si antes de la conferencia se habían presentado cargos criminales contra el infractor, el compromiso logrado en la conferencia debe ser presentado ante la Corte para su (eventual) aprobación.

No obstante su gran éxito como programa restaurativo, a las conferencias familiares se les han detectado algunos problemas, como la (a veces) insuficiente preparación de los participantes. Se ha descubierto que es muy importante que se organicen varias reuniones personales previas entre los participantes y el coordinador, para detectar las verdaderas posibilidades de éxito de la conferencia. Asimismo, se ha visto en ciertos casos que la víctima es coaccionada a prestar su consentimiento en acuerdos que no satisfacen necesariamente lo que pretendía. En otros casos se han observado situaciones en que los infractores menores de edad se sienten intimidados por sus familiares adultos, lo que los lleva a prestar su consentimiento a un acuerdo que no les satisface⁵¹. Todo ello ha llevado a la conclusión que es extremadamente importante que los coordinadores de las conferencias estén muy bien capacitados para enfrentar estos potenciales conflictos que entorpecen un verdadero acuerdo restaurativo.

⁵⁰ Se ha señalado que estas reuniones privadas entre el joven y su familia constituyen una característica distintiva de las conferencias familiares, ya que reflejan el énfasis que éstas colocan en el empoderamiento de las familias. En tal sentido, MASTERS, Guy: "Family Group Conferencing: A Victim Perspective", en WILLIAMS, B. (ed.): *Reparation and Victim-focused Social Work*. Jessica Kingsley, Londres, 2002.

⁵¹ Asimismo, en un estudio realizado por Maxwell y Morris sobre las conferencias familiares en Nueva Zelanda, entre 1990-91, se detectó que al menos la mitad de los jóvenes infractores entrevistados se sintieron total o parcialmente partícipes de lo que ocurría en las conferencias, pero que algo menos de la mitad sintió que las decisiones habían sido tomadas "respecto" de ellos y no "con" ellos. Sin embargo, esta tasa de participación de los jóvenes, si bien es relativamente baja, es mayor que las obtenidas en las cortes convencionales. MAXWELL, Gabrielle, MORRIS, Allison: *Families, Victims and Culture: Youth Justice in New Zealand*. Social Policy Agency and Institute of Criminology, Victoria University of Wellington, 1993.

⁴⁹ SCHMID, D., *supra* nota 17.

b) *Conferencias para Adultos*

Una vez que las conferencias familiares para infractores juveniles se instalaron y tuvieron muy buena evaluación, a mediados de los noventa empezaron a surgir voces para implementarlas en programas para adultos, tanto de parte de investigadores como de los propios jueces⁵². Hace un par de años se promulgó el *Sentencing, Parole and Victims' Rights Act*, otorgando por vez primera el reconocimiento legislativo a los programas de Conferencias para Adultos⁵³. En la actualidad existen numerosos programas implementados con adultos, los que han arrojado resultados muy alentadores.

Uno de los proyectos exitosos es el *Turnaround* (en Timaru)⁵⁴, implementado en 1997, cuyo objetivo es que los infractores admitan su culpa y muestren algún grado de arrepentimiento frente al juez. En caso que la víctima consienta en participar en una conferencia el caso es derivado (y en ese evento, las conferencias tienen una estructura similar a las de los infractores juveniles, pero el énfasis se pone en la intervención de la comunidad más que de la familia). Participan dos representantes voluntarios de la comunidad y un oficial de policía. Tanto el acusado como la víctima pueden asistir acompañados de personas que los apoyen. Si en la conferencia se llega a algún tipo de acuerdo, al acusado se le pide que firme un contrato en el cual se compromete a hacer determinadas cosas durante un período de tiempo. Una vez firmado, la víctima vuelve a tener la opción de rechazar el acuerdo y solicitar que el caso sea visto por una corte, sin embargo, esto ha ocurrido en contadas ocasiones⁵⁵.

Tras la conferencia el acuerdo es controlado rigurosamente para asegurar su cumplimiento. En caso de incumplimiento el caso es devuelto a la corte para ser juzgado en la forma tradicional; y si se cumple, el caso es sobreseído. Hasta el momento, menos del 10% de los casos ha sido devuelto por no cumplimiento⁵⁶.

Este programa fue galardonado con el Premio Internacional de Justicia Comunitaria (2000), en atención a sus excelentes resultados, tanto en relación a las víctimas del delito como a la disminución de las tasas de reincidencia y en el mejoramiento notable de la confianza de la población en el sistema de justicia criminal.

2. *Australia*

Australia ha seguido bastante de cerca los modelos restaurativos desarrollados por Nueva Zelanda, y ha incorporado programas como los de las Conferencias Familiares con algunas diferencias, producto de la propia idiosincrasia local. Estos programas fueron introducidos formalmente en los diferentes estados a partir del comienzo de los noventa para ser utilizados generalmente con infractores juveniles.

a) *Conferencias Familiares*

En 1991, en el Estado de Nueva Gales del Sur, la policía de la ciudad de Wagga Wagga adoptó la estructura básica de la conferencia neo zelandesa, pero con la diferencia de que éstas son organizadas y administradas por la propia policía⁵⁷. Ha sido precisamente este modelo el que se ha extendido a toda Australia (con excepción del Estado de Australia del Sur, que adoptó el modelo neo zelandés puro) y que ha sido exportado a los Estados Unidos, a pesar de que estudiosos del tema evalúan mejor el sistema original⁵⁸.

En general, la versión australiana de las Conferencias Familiares ha tendido hacia un formato menos flexible que el neo zelandés y, como se ha dicho, es la policía la que toma la decisión de enviar un caso a conferencia familiar, tomando en consideración el tipo de infracción y su gravedad, ya que si es sólo una falta no califica para este tipo de intervención. Hay una serie de delitos que quedan excluidos, como los casos de homicidio, delitos sexuales y la mayoría de los delitos de drogas. Además, el infractor debe admitir su culpabilidad y autorizar expresamente su participación en la conferencia. Si la policía estima que es apropiado que el delito sea evaluado en una conferencia, envía el caso a un administrador de conferencias, quien también evalúa si es adecuada la utilización de este modelo y quien además va a cumplir un rol de monitoreo de la misma. Si es que hubiese desacuerdo entre la policía y el administrador, la Fiscalía del Estado dirime el tema.

⁵² En este sentido, uno de los primeros fue el juez F. W. M. McElrea, quien propuso hace diez años la aplicación de las Conferencias a infractores adultos.

⁵³ NEW ZEALAND, MINISTRY OF JUSTICE: *Draft Principles of Best Practice for Restorative Justice Processes in the Criminal Court*. Wellington, 2003.

⁵⁴ SCHMID, D., *supra* nota 17.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ SCHMID, D., *supra* nota 17.

⁵⁸ En este sentido, UMBREIT, Mark: *Family Group Conferencing: Implications for Crime Victims*. Center for Restorative Justice and Peacemaking, University of Minnesota, 2000.

Si un caso ya ha sido enviado a la Corte, el magistrado a cargo se encuentra facultado para derivar el caso en cualquier momento a una conferencia, si le parece lo más apropiado. Una vez decidida la conveniencia de una conferencia, se consulta con un convocador.

Los convocadores son miembros de la comunidad que han sido seleccionados con una perspectiva socio-cultural lo más amplia posible, y se caracterizan por tener buen sentido común, conocimiento y empatía por los problemas de víctimas e infractores, y habilidades para trabajar en equipo. Una vez seleccionados son capacitados para el cargo. Sólo en el Estado de Nueva Gales del Sur existen más de 500 convocadores. En general, es el convocador quien decide, luego de conversarlo con los participantes, dónde y cuándo se realizará la conferencia, y quiénes serán invitados a participar en ella. Una vez que recibe el caso, el convocador debe notificar por escrito a los participantes e intentar que la conferencia comience en un plazo máximo de tres semanas.

En general, las conferencias sólo han sido utilizadas para infractores juveniles con un nivel de comportamiento delictual significativo⁵⁹. El formato básico consiste en una introducción y explicación del procedimiento por el convocador a los asistentes. Luego la policía hace un resumen de los hechos (pues ha participado en la elaboración de un informe previo). El acusado tiene entonces la posibilidad de formular comentarios acerca de la exposición de hechos, y luego la víctima puede hacer alcances sobre cómo la falta le ha afectado en su vida. A continuación se produce un debate acerca de las posibilidades de solución y se elabora un plan de acción, el cual es sometido a la consideración de la familia del infractor. Si todos están de acuerdo, el plan se somete a la aprobación de la víctima y de la agencia estatal de control, que en este caso es la policía, y, si hay consenso, se escritura el acuerdo y se da por concluida la Conferencia. La única restricción es que el acuerdo no puede ser más gravoso para el acusado que la pena probable que hubiese recibido en una corte formal.

La Conferencia tiene sólo dos salidas, o todos los presentes llegan a algún tipo de consenso, o se devuelve a la competencia de la justicia formal.

En la conferencia pueden participar además de la víctima y el acusado, representantes y personas que apoyan a la víctima, la familia o personas que apoyan al acusado, un abogado defensor, el policía que investigó el caso, un policía especializado en temas juveniles, y un asesor cultural cuando puedan existir problemas de ese tipo (vgr., tensiones interculturales). Para evitar que se produzca un formato de tipo adversarial, la participación de los representantes legales se limita sólo a asegurar que los derechos de sus representados respectivos sean respetados. La víctima no tiene que asistir necesariamente ya que puede ser representada por alguien. El poder que se le otorga a la víctima (o en su defecto a sus representantes) es considerable, ya que debe estar de acuerdo en cada una de las soluciones propuestas. No obstante lo anterior, en una evaluación se detectó que en menos de la mitad de las conferencias estaba asistiendo la víctima o su representante, por lo que hace unos años se incorporó la posibilidad de que la víctima pudiera asistir acompañada de simpatizantes, aunque a éstos no se les otorga ningún poder decisorio. Tras dicha reforma, la asistencia se elevó a un 70%⁶⁰. En teoría, el infractor también podría no ir, pero casi no ocurre la situación en que no esté presente. Todo el procedimiento de la Conferencia se considera confidencial, y nada de su contenido puede ser utilizado en un eventual juicio.

b) *Conferencias Familiares para Infractores Adultos*

En la actualidad se están aplicando activamente conferencias para infractores adultos en cinco estados de Australia, de los cuales en cuatro existe reconocimiento legislativo⁶¹.

La implementación de estos programas de conferencias familiares para infractores adultos están dirigidos a sujetos infractores entre 18 y 24 años de edad. La idea de trabajar con ese grupo etéreo se debe a la percepción que existen posibilidades de influir en su comportamiento si se incluye a las redes familiares de origen. Al igual que en el caso de las conferencias con infractores menores de edad, la idea es trabajar con personas con un compromiso delictual alto y que se estime que tienen un riesgo importante de ser encarcelados si son procesados por la justicia formal.

⁵⁹ En general se ha estimado que dada la complejidad de un procedimiento restaurativo y los costos emocionales que éste conlleva en la mayoría de los casos, no sería adecuado para delitos muy menores o para infractores de bajo compromiso delictual. Véase NEW SOUTH WALES ATTORNEY GENERAL'S DEPARTMENT: *Community Justice Conferencing for Adult Offenders*. Sidney, 2001.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Los Estados que tienen programas de conferencia para adultos con reconocimiento legal son Australia del Sur, Australia Occidental, Nueva Gales del Sur, Queensland y Tasmania. En tanto el Estado de Victoria como los territorios del Norte (ACT), tienen programas restaurativos para adultos en casos específicos, como una opción previa a la dictación de la sentencia.

Al momento de implementar estos pilotos, uno de los elementos más debatidos ha sido el grado de publicidad que se debería otorgar a las conferencias, ya que por tratarse de adultos infractores se piensa que el nivel de transparencia debería ser total, tal como ocurre en el sistema formal. No obstante, se ha argumentado que la excesiva publicidad atentaría contra la propia esencia de las conferencias, pues se requiere de privacidad para poder funcionar adecuadamente. De hecho, tanto la víctima como el acusado necesitan sentirse con total libertad para poder expresar lo que sienten y piensan. En suma, se ha optado por una opción intermedia, en la que el convocador toma la decisión de determinar quiénes pueden o no conocer lo que se discute en la conferencia, y quiénes han de ser excluidos del debate⁶². Tal como acontece en Nueva Zelanda, se ha tendido a incluir a un número mayor de miembros de la comunidad, privilegiando la participación ciudadana y altos niveles de representatividad.

3. Canadá

Así como en Estados Unidos se aprecia una tendencia hacia el aumento de las penas y la tipificación de comportamientos sociales no deseados, en las últimas décadas se observa en Canadá una creciente corriente a favor de la implementación de programas de justicia restaurativa que colaboren en la prevención de la delincuencia y en la resolución pacífica de las controversias. En efecto, el sistema de justicia criminal tradicional, a menudo criticado por su excesivo formalismo, ha sido objeto de fuertes e importantes modificaciones en Canadá, debido tanto al apoyo ciudadano de innovadoras iniciativas como a las variaciones ocurridas en la cultura jurídica canadiense en los últimos treinta años, desde que fuera difundido el "experimento Kitchener"⁶³, en 1974.

⁶² Véase Capítulo Tercero del documento de NEW SOUTH WALES ATTORNEY GENERAL'S DEPARTMENT: *Community Justice Conferencing for Adult Offenders*.

⁶³ El denominado "experimento Kitchener" (Ontario), desarrollado por miembros de la Iglesia Menonita en conjunto con funcionarios de libertad vigilada y jueces, marcó un punto de inflexión y abrió la puerta al reconocimiento de iniciativas propias de la cultura jurídica indígena, como a experiencias comparadas exitosas. Dos jóvenes acusados por vandalismo callejero y daños a la propiedad de veinticuatro personas, gracias a la autorización judicial, previa recomendación del funcionario encargado de la libertad condicional, fueron autorizados para llevar a cabo una serie de reuniones con las víctimas, acordando el pago de una suma de dinero como condición para poner término a la controversia. El resultado exitoso del experimento Kitchener posteriormente se formalizó en la creación de un programa de reconciliación entre víctimas y agresores, conocido comúnmente como VORP (Victim Offender Reconciliation Program). Mayores antecedentes, PEACHEY, Dean E.: "The Kitchener Experiment", en WRIGHT, M., GALAWAY, B. (eds.): *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community*. Sage Publications, Londres, 1989, pp. 14-26.

Según un catastro efectuado en 1998, en Canadá existen más de doscientos programas que pueden ser consideradas dentro del modelo de justicia restaurativa⁶⁴, permitiendo ser calificado como uno de los países con un claro liderazgo mundial en la materia⁶⁵. El común denominador es evidente: en todas las iniciativas se parte del supuesto que el modelo tradicional de justicia adversarial no siempre es el más apropiado o efectivo para lidiar con el impacto que los hechos delictivos generan en la víctima, la sociedad y el agresor⁶⁶.

Estos programas pueden ser clasificados tomando en cuenta una serie de indicadores, entre los cuales figuran: (1) ubicación territorial – Ontario, Nova Scotia, Yukon, British Columbia, Manitoba, New Brunswick, Alberta, Newfoundland y Labrador, Northwest, Prince Edward Island, Saskatchewan, Quebec–, (2) tipo de programa según su relación con el proceso de justicia criminal –antes de la denuncia / acusación, después de la denuncia / acusación, antes de la sentencia, después de la sentencia, o no relacionados con el sistema formal de justicia–, (3) tipo de ofensa cometida –violencia intrafamiliar, robo / hurto, abuso sexual, vandalismo callejero, fraude, consumo de drogas, etc.–, (4) especificidad del programa según el sujeto involucrado –características de la víctima, calidad del agresor–, (5) organismo encargado de la administración –agencias comunitarias, instituciones públicas⁶⁷, etc.

Desde el punto de vista jurídico, vale destacar algunas propuestas, modificaciones e inclusiones que se han efectuado en los últimos años y que han originado cambios en el funcionamiento del sistema legal, tanto en las percepciones de los actores como en el funcionamiento de las estructuras legales, y que fortalecen la presencia del modelo restaurativo en la cultura jurídica canadiense (presentadas a continuación según poder estatal respectivo):

⁶⁴ CORRECTIONS SERVICES – CANADA: "Inventory of Canadian Events and Initiatives Related to Restorative Justice", Ottawa, septiembre 1998.

⁶⁵ Así, por ejemplo, el rol que ha jugado Canadá en la redacción del borrador de la declaración de Naciones Unidas sobre los principios básicos en el uso de programas de justicia restaurativa en el ámbito penal ha sido de primera importancia. Cualquier estudio acabado sobre la materia en la comunidad internacional implica considerar los debates surgidos al interior de la Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Criminal de Naciones Unidas.

⁶⁶ Estudios empíricos ratifican la afirmación formulada. Al respecto, LATIMER, Jeff, DOWDEN, Craig, MUISE, Danielle: "The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis", Research and Statistics Division Methodological Series, 2001, en internet <<http://www.canada.justice.gc.ca/en/ps/rs/rep/meta-e.pdf>>.

⁶⁷ El Departamento de Justicia financia un número significativo de programas de justicia restaurativa, entre otros *Aboriginal Justice Strategy*, *Policy Centre for Victim Issues*, *Youth Justice Renewal Initiative*, *National Crime Prevention Center*. Otros organismos públicos con programas destacados en la materia son el Solicitor General of Canada, el Correctional Service of Canada y el National Parole Board.

Al momento de implementar estos pilotos, uno de los elementos más debatidos ha sido el grado de publicidad que se debería otorgar a las conferencias, ya que por tratarse de adultos infractores se piensa que el nivel de transparencia debería ser total, tal como ocurre en el sistema formal. No obstante, se ha argumentado que la excesiva publicidad atentaría contra la propia esencia de las conferencias, pues se requiere de privacidad para poder funcionar adecuadamente. De hecho, tanto la víctima como el acusado necesitan sentirse con total libertad para poder expresar lo que sienten y piensan. En suma, se ha optado por una opción intermedia, en la que el convocador toma la decisión de determinar quiénes pueden o no conocer lo que se discute en la conferencia, y quiénes han de ser excluidos del debate⁶². Tal como acontece en Nueva Zelanda, se ha tendido a incluir a un número mayor de miembros de la comunidad, privilegiando la participación ciudadana y altos niveles de representatividad.

3. Canadá

Así como en Estados Unidos se aprecia una tendencia hacia el aumento de las penas y la tipificación de comportamientos sociales no deseados, en las últimas décadas se observa en Canadá una creciente corriente a favor de la implementación de programas de justicia restaurativa que colaboren en la prevención de la delincuencia y en la resolución pacífica de las controversias. En efecto, el sistema de justicia criminal tradicional, a menudo criticado por su excesivo formalismo, ha sido objeto de fuertes e importantes modificaciones en Canadá, debido tanto al apoyo ciudadano de innovadoras iniciativas como a las variaciones ocurridas en la cultura jurídica canadiense en los últimos treinta años, desde que fuera difundido el "experimento Kitchener"⁶³, en 1974.

⁶² Véase Capítulo Tercero del documento de NEW SOUTH WALES ATTORNEY GENERAL'S DEPARTMENT: *Community Justice Conferencing for Adult Offenders*.

⁶³ El denominado "experimento Kitchener" (Ontario), desarrollado por miembros de la Iglesia Menonita en conjunto con funcionarios de libertad vigilada y jueces, marcó un punto de inflexión y abrió la puerta al reconocimiento de iniciativas propias de la cultura jurídica indígena, como a experiencias comparadas exitosas. Dos jóvenes acusados por vandalismo callejero y daños a la propiedad de veinticuatro personas, gracias a la autorización judicial, previa recomendación del funcionario encargado de la libertad condicional, fueron autorizados para llevar a cabo una serie de reuniones con las víctimas, acordando el pago de una suma de dinero como condición para poner término a la controversia. El resultado exitoso del experimento Kitchener posteriormente se formalizó en la creación de un programa de reconciliación entre víctimas y agresores, conocido comúnmente como VORP (Victim Offender Reconciliation Program). Mayores antecedentes, PEACHEY, Dean E.: "The Kitchener Experiment", en WRIGHT, M., GALAWAY, B. (eds.): *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community*. Sage Publications, Londres, 1989, pp. 14-26.

Según un catastro efectuado en 1998, en Canadá existen más de doscientos programas que pueden ser consideradas dentro del modelo de justicia restaurativa⁶⁴, permitiendo ser calificado como uno de los países con un claro liderazgo mundial en la materia⁶⁵. El común denominador es evidente: en todas las iniciativas se parte del supuesto que el modelo tradicional de justicia adversarial no siempre es el más apropiado o efectivo para lidiar con el impacto que los hechos delictivos generan en la víctima, la sociedad y el agresor⁶⁶.

Estos programas pueden ser clasificados tomando en cuenta una serie de indicadores, entre los cuales figuran: (1) ubicación territorial – Ontario, Nova Scotia, Yukon, British Columbia, Manitoba, New Brunswick, Alberta, Newfoundland y Labrador, Northwest, Prince Edward Island, Saskatchewan, Quebec–, (2) tipo de programa según su relación con el proceso de justicia criminal –antes de la denuncia / acusación, después de la denuncia / acusación, antes de la sentencia, después de la sentencia, o no relacionados con el sistema formal de justicia–, (3) tipo de ofensa cometida –violencia intrafamiliar, robo / hurto, abuso sexual, vandalismo callejero, fraude, consumo de drogas, etc.–, (4) especificidad del programa según el sujeto involucrado –características de la víctima, calidad del agresor–, (5) organismo encargado de la administración –agencias comunitarias, instituciones públicas⁶⁷, etc.

Desde el punto de vista jurídico, vale destacar algunas propuestas, modificaciones e inclusiones que se han efectuado en los últimos años y que han originado cambios en el funcionamiento del sistema legal, tanto en las percepciones de los actores como en el funcionamiento de las estructuras legales, y que fortalecen la presencia del modelo restaurativo en la cultura jurídica canadiense (presentadas a continuación según poder estatal respectivo):

⁶⁴ CORRECTIONS SERVICES – CANADA: "Inventory of Canadian Events and Initiatives Related to Restorative Justice", Ottawa, septiembre 1998.

⁶⁵ Así, por ejemplo, el rol que ha jugado Canadá en la redacción del borrador de la declaración de Naciones Unidas sobre los principios básicos en el uso de programas de justicia restaurativa en el ámbito penal ha sido de primera importancia. Cualquier estudio acabado sobre la materia en la comunidad internacional implica considerar los debates surgidos al interior de la Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Criminal de Naciones Unidas.

⁶⁶ Estudios empíricos ratifican la afirmación formulada. Al respecto, LATIMER, Jeff, DOWDEN, Craig, MUISE, Danielle: "The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis", Research and Statistics Division Methodological Series, 2001, en internet <<http://www.canada.justice.gc.ca/en/ps/rs/rep/meta-e.pdf>>.

⁶⁷ El Departamento de Justicia financia un número significativo de programas de justicia restaurativa, entre otros *Aboriginal Justice Strategy*, *Policy Centre for Victim Issues*, *Youth Justice Renewal Initiative*, *National Crime Prevention Center*. Otros organismos públicos con programas destacados en la materia son el Solicitor General of Canada, el Correctional Service of Canada y el National Parole Board.

1. Poder Judicial

- Incorporación paulatina de programas de justicia restaurativa ante los procedimientos llevados a cabo ante los tribunales del crimen, en cualquiera de sus etapas procesales, a partir del experimento Kitchener (1974)⁶⁸.
- Reconocimiento expreso de la Corte Suprema. Por ejemplo, en el caso *Gladue v. the Queen*, el más significativo a la fecha, la Corte Suprema reconoce que en diversas aplicaciones de justicia indígena el uso de métodos restaurativos contribuye a la comunidad en la reparación, reconciliación y paz social⁶⁹. Si bien se refiere a situaciones específicas de transgresores indígenas, la Corte claramente indica que los postulados de justicia restaurativa son aplicables a todos los sujetos y en las más diversas circunstancias y momentos procesales.

2. Poder Legislativo

- En 1988, la Cámara de los Comunes publicó los resultados de su investigación sobre asuntos penitenciarios y medidas alternativas a la pena⁷⁰, recomendando al gobierno poner mayor atención en las necesidades de las víctimas y en la expansión de los novísimos programas de justicia restaurativa, apoyando la participación comunitaria en la solución de conflictos. Además, se sugirió efectuar modificaciones legales expresas.
- La primera reforma legal sustantiva ocurrió en 1996, al ser modificado el párrafo 718.2 (e, f) del Código Penal (*Criminal Code*), para añadir principios a considerar en la búsqueda de la solución de controversias penales (incluyendo medidas repara-

⁶⁸ Para un análisis histórico de la relación entre tribunales y programas de justicia restaurativa, ver CORMIER, Robert: "Restorative Justice: Directions and Principles – Developments in Canada", ponencia ante la Comisión de Prevención de la Criminalidad y Justicia Criminal, Viena, abril 2002.

⁶⁹ En lo medular del fallo, la Corte Suprema se hace cargo del concepto de justicia restaurativa y del uso de medidas alternativas a la privación de libertad acordadas con la comunidad. A la Corte se le solicitó que interpretara el sentido del párrafo 718.2(e), al hacer mención de "indígenas". La Corte estableció que en la norma se consigna el deber del juez de considerar factores especiales que afecten a los pueblos indígenas (pobreza, drogas, alcohol, educación, oportunidades laborales) y que inciden en el tipo de sanciones que han de recibir en caso de comisión de delitos, las que deben ser apropiadas según su idiosincrasia y apoyo comunitario. Ver *James Tanis Gladue v. Her Majesty The Queen and The Attorney General of Canada, the Attorney General for Alberta and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.* (en cuanto a los hechos, Gladue fue condenada a tres años de prisión por haber causado la muerte de su pareja con una arma blanca, tras un escena de celos en la fiesta de su propio cumpleaños).

⁷⁰ HOUSE OF COMMONS: *Taking Responsibility. Parliamentary Standing Committee on Justice*, Canadá, 1988 (conocido como *Daubney Report*).

doras que beneficiaran directamente a las víctimas y a la comunidad, promoviendo un mayor sentido de responsabilidad social por parte de los agresores y un mayor reconocimiento de los perjuicios causados): "todas las sanciones posibles más allá de la privación de libertad y que sean razonables según las circunstancias deberían ser consideradas para los agresores, con especial atención en las circunstancias de los agresores indígenas"⁷¹.

- Inclusión de programas regulados por la sección 717 del *Criminal Code* y la sección 4 de *Young Offenders Act*, establecen la posibilidad de emplear medidas alternativas antes de formular cargos en contra de personas que cometen ilícitos.
- Entre los principios fundamentales del proyecto *Youth Criminal Justice Act* se contempla la aplicación del modelo de justicia restaurativa para el caso de ilícitos cometidos por jóvenes⁷².

3. Poder Ejecutivo

- El informe "Victim's Rights, A Voice Not a Veto" (*Standing Committee on Justice and Human Rights*, 1998) analizó el papel de las víctimas en el sistema de justicia criminal. El Informe discutió las preocupaciones de las víctimas en torno a iniciativas de justicia restaurativa en Canadá, y desarrolló principios o directrices para asegurar el adecuado respeto a los intereses de las víctimas. La Respuesta del Gobierno, del 16 de diciembre de 1998, estuvo de acuerdo en que los principios de justicia restaurativa deben asegurar el respeto a las víctimas y la protección de sus intereses⁷³.
- El apoyo de la Comisión Legal de Canadá (*Law Commission of Canada*) en el documento "From Restorative Justice to Transformative Justice" (1999) tiene por objeto estimular un debate más amplio sobre las ventajas y desventajas de los actuales mecanismos de resolución de conflictos.

⁷¹ "All available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders" (traducción nuestra).

⁷² Mayores antecedentes, BALA, Nicholas: "Diversion, Conferencing, and Extrajudicial Measures for Adolescent Offenders", en *Alberta Law Review*, N° 40, 2003, pp. 991 y ss.; BALA, Nicholas, ROBERTS, Julian V.: "Understanding Sentencing under the Youth Criminal Justice Act", en *Alberta Law Review*, N° 41, 2003, pp. 395 y ss.

⁷³ DEPARTMENT OF JUSTICE - CANADA: "Restorative Justice in Canada. A Consultation Paper", mayo 2000, en internet <<http://canada.justice.gc.ca/en/ps/voc/rjpag.html>>.

- En mayo de 2000, fue difundido el documento "Restorative Justice in Canada" (*Department of Justice*) para discutir el rol del gobierno y de la comunidad en el éxito de la justicia restaurativa.
- En junio de 2002, el Departamento de Justicia presentó ante la opinión pública el borrador de la declaración "Values and Principles of Restorative Justice in Criminal Matters", con la finalidad de propiciar un debate relativo a la conformación de un consenso básico sobre los once valores y principios a ser acogidos por la población canadiense en la evolución de los programas de justicia restaurativa en el ámbito penal.

a) Características generales de la experiencia canadiense

1. *Legitimidad social*: No cabe duda que el grado de desarrollo de la versión canadiense de justicia restaurativa no se hubiera alcanzado sin el apoyo de la ciudadanía. En las últimas tres décadas la opinión pública se ha manifestado interesada por las vías alternativas a la justicia formal para la resolución de los conflictos y la prevención de la criminalidad, lo cual es corroborado por frecuentes estudios de opinión.

Es evidente que el modelo no tendría sustento popular si no fuera efectivo y ágil. Según Jharma Chatterjee, en el 85% de los casos se ha dado fiel cumplimiento a las condiciones de reparación impuestas al agresor y acordadas junto a la víctima⁷⁴, lo cual demuestra el nivel de aceptación que los programas han tenido en la "comunidad de comunidades" y los grados de satisfacción de las propias víctimas.

Relacionado con lo anterior, no existe un sistema único y uniforme de justicia restaurativa en Canadá, de modo que el análisis comparado debe ser comprendido aceptando la diversidad y flexibilidad de la multiplicidad de experiencias canadienses. Así, por ejemplo, en el ya citado caso *Gladue v. the Queen*, la Corte reconoce la diversidad de los programas de justicia restaurativa de comunidad en comunidad, en vez de fijar un criterio uniforme para todos los pueblos indígenas (*First Nations*).

⁷⁴ CHATTERJEE, Jharma: *A Report on the Evaluation of RCMP Restorative Justice Initiatives: Community Justice Forum as Seen by Participants*. RCMP Community, Contract and Aboriginal Policing Services, Ottawa, 1999; corroborado en el estudio de LATIMER, Jeff, DOWDEN, Craig, MUISE, Danielle, *supra* nota 66.

Si bien existe un número importante de programas dirigidos a resolver conflictos penales, otros también tratan asuntos civiles, laborales y de familia. Así como en ciertos casos es factible identificar una fuerte conexión con las prácticas y costumbres indígenas, en otros dicha influencia es más tenue y se vincula directamente con la prevención de la criminalidad y los discursos o marcos teóricos de seguridad ciudadana.

2. *Sistema Federal y Competencia Territorial*: El gobierno ha jugado un papel central en la difusión y propagación de los programas de justicia restaurativa, haciéndose cargo de la fijación de estándares, políticas y líneas directrices, investigación empírica, financiamiento y soporte técnico.

Dada la estructura administrativa de Canadá, al gobierno federal le corresponde la aprobación de las normas de derecho penal que han de regir a la población, mientras los gobiernos provinciales son los responsables de la administración de justicia. Se entiende que la vinculación comunitaria en los procesos de justicia restaurativa se deben dar en el nivel provincial, según las reglas de competencia territorial.

Por otra parte, en Canadá las políticas públicas en el ámbito judicial que han propuesto programas de justicia restaurativa parecieran estar guiadas fundamentalmente por el objetivo de prevención temprana de la criminalidad, y no por disminuir las presiones sociales y/o los gastos públicos del sistema de tribunales y de reclusión de libertad. Con ello, se siguen las tendencias más modernas en materia de prevención de la delincuencia que estiman que la prevención temprana es la respuesta más acertada en el ámbito de la seguridad ciudadana. En lugar de incrementar las vías represivas y/o vengativas, condenando un acto ilícito por el hecho de ser contrario a la ley, lo que se pretende instalar en la conciencia colectiva es que los hechos anómicos lo que hacen es perjudicar a una persona y a la comunidad a la que se pertenece.

3. *Multiculturalismo y Reconocimiento de la Diversidad*: Desde sus orígenes, el modelo asimilacionista e integracionista fue impuesto en la sociedad canadiense por las autoridades locales y representantes del gobierno federal. Desde la puesta en práctica de la *British North America Act* (conocida como *Constitution Act*, 1867) hasta la aprobación de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982), la pretendida asimilación "civilizadora" provocó un daño irreparable a los pueblos indígenas y a todas las minorías en general, lo cual se encuentra plenamente documentado. Lo interesante del caso

canadiense ha sido la emergente voluntad política por cambiar el rumbo de las políticas públicas y por transitar hacia un Estado Multicultural, capaz de reconocer la diversidad y heterogeneidad de la población, de promover la libertad individual y colectiva para mantener, favorecer y compartir el patrimonio y la identidad cultural propia, de fomentar la participación, el respeto y el intercambio intergrupar, y de promocionar el desarrollo de las distintas identidades colectivas desde los ámbitos moral y jurídico, favoreciendo la comprensión mutua y la creatividad intercultural resultante⁷⁵.

El paradigma de justicia restaurativa, al menos en Canadá, es plenamente compatible con el reconocimiento del principio de la multiculturalidad en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982) y en la *Multiculturalism Act* (1988); es más, aquél puede y debe ser considerado como un manifestación práctica de éste⁷⁶.

⁷⁵ ROJAS, Hugo: *El Principio de la Multiculturalidad. Una propuesta jurídica para promover y proteger nuestra diversidad cultural*. Arzobispado de Santiago, 2001, p. 59; "Stop Cultural Exclusions (in Chile)!", en *Florida Law Review*, University of Florida, 2003.

⁷⁶ La política oficial del gobierno de Canadá protege de manera global el derecho a la identidad cultural por cuanto: (1) reconoce y promueve el hecho que la multiculturalidad refleja la diversidad cultural y racial de la sociedad canadiense y reconoce la libertad de sus miembros para mantener, favorecer y compartir su patrimonio cultural, (2) reconoce el hecho que la multiculturalidad es una característica fundamental de la identidad y del patrimonio canadiense, (3) promueve la participación total y equitativa de individuos y colectividades de cualquier origen en la evolución de la nación y en la conformación de todos los aspectos de la sociedad, (4) reconoce la existencia de colectividades cuyos miembros comparten un mismo origen, y la contribución que hacen al país, propendiendo a su desarrollo, (5) garantiza la igualdad ante la ley, (6) alienta y ayuda a las instituciones sociales, culturales, económicas y políticas canadienses a respetar y aceptar el carácter multicultural de Canadá, (7) fomenta la comprensión y creatividad que resultan de la interacción entre colectividades e individuos de distintos orígenes, (8) favorece el reconocimiento y la estima recíproca de las diversas culturas, y fomenta el reflejo y las manifestaciones progresivas de tales culturas en la sociedad canadiense, y (9) conserva y fomenta la pluralidad de idiomas, pero en armonía con los compromisos existentes respecto de los dos idiomas oficiales. De esta manera, la política multicultural de Canadá exhorta a toda la administración pública a: (1) velar por que todos los canadienses tengan igualdad de oportunidades laborales, (2) fomentar políticas, programas, medidas que favorezcan la contribución de individuos y colectividades de todo origen al patrimonio cultural canadiense, (3) fomentar políticas, programas y medidas que permitan al público comprender mejor y respetar la diversidad de los miembros de la sociedad canadiense, (4) hacer uso de la contribución de los conocimientos lingüísticos y culturales de todos los individuos, y (5) conducir sus actividades en forma que respondan a la multiculturalidad de Canadá (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 1982; y *Canadian Multiculturalism Act*, 1988).

4. *Justicia Restaurativa y Pueblos Indígenas*: Según datos oficiales, el gobierno reconoce la calidad de indígena a más de 570.000 personas (equivalente al 1,9% de la población total), agrupadas en 605 comunidades o pueblos, y 2.364 reservaciones indígenas (en las cuales se permiten ciertos niveles de autonomía y libre determinación)⁷⁷. Desde el punto de vista de la población penal⁷⁸, el porcentaje de indígenas privados de libertad es muy superior al resto de la población, lo mismo se puede indicar respecto de indígenas cesantes, 'con problemas de alcoholismo, drogadicción y pobreza. También se informa que muchos indígenas ven al sistema formal de justicia criminal como algo impuesto por los sectores dominantes de la población, e inadecuados para tratar los problemas que ocurren al interior de las comunidades indígenas.

Con todo, y más allá de las cifras, existe una clara conexión entre los pilares del modelo de justicia restaurativa y la multiplicidad de sistemas de justicia indígena: no cabe duda que las tradiciones indígenas han estado teniendo un fuerte impacto en el diseño de las políticas de justicia restaurativa, no solo en Canadá sino en otras latitudes, lo cual se aprecia en la visión que se tiene de la relevancia de la sanación, la reconciliación, el perdón y el involucramiento de la comunidad.

Los conceptos indígenas de justicia restaurativa ponen un acento en la comunidad, en el bien y los derechos de la colectividad, por sobre los intereses individuales. Se considera valiosa la mantención y el resguardo de buenas relaciones al interior del clan o grupo de familias, como entre víctima y agresor, de modo que el equilibrio se alcanza cuando unos y otros se dan por satisfechos con los acuerdos adoptados para reparar el mal causado y preservar la paz, lo cual se logra cuando se tiene una visión mucho más integral de las causas reales y consecuencias de los hechos.

A pesar de las similitudes, ello no significa equivalencia. Existen notables diferencias entre la justicia restaurativa y la justicia indígena, en particular el reconocimiento que se tiene que hacer de la variable política implicada: el anhelo de autodeterminación de los pueblos indígenas. Parafraseando al

⁷⁷ McMILLAN, Alan: *Native Peoples and Cultures of Canada*. Douglas & McIntyre, Vancouver / Toronto, 1995, pp. 309-339.

⁷⁸ El 12% de la población penal canadiense se identifica con alguna de las naciones indígenas. LAPRAIRE, Carol: "Developments in Criminal Law and Criminal Justice: Conferencing in Aboriginal Communities in Canada—Finding Middle Ground in Criminal Justice?", en *Criminal Law Forum*, Rutgers University School of Law, 1995, pp. 577 y 588.

Departamento de Justicia, los programas aborígenes pueden en ocasiones desdibujarse de prácticas utilizadas en otras culturas, pero lo que es claro es que una de sus preocupaciones principales es dejar sentadas las aspiraciones únicas y diferenciadas de los pueblos indígenas de tener y definir por sí mismos el sistema de justicia que más les acomoda, respetando sus necesidades, valores y cosmovisiones⁷⁹.

5. *Violencia Intrafamiliar*: Un estudio elaborado por la Asociación de Mujeres Indígenas de Ontario reveló que el 80% de las mujeres ha sido objeto de violencia doméstica en algún momento durante sus vidas⁸⁰. El fenómeno de la violencia intrafamiliar se dispersa por todas las comarcas⁸¹ y lo más preocupante es que aún no se puede establecer con claridad cuáles son los mecanismos normativos más eficaces para contribuir a la disminución de las actuales tasas de violencia doméstica. Si en algún instante se postuló que los programas de justicia restaurativa podían ser un adelanto, se observa un interesante debate sobre el particular. La literatura especializada ha considerado como poco efectivas las vías adaptadas en los distintos programas implementados para los hechos de violencia que ocurren al interior de la familia, en especial en los casos de maltratos físicos y psicológicos del hombre hacia la mujer⁸².

Estudios de campo indican que no solo las mujeres indígenas están preocupadas por los bajos niveles de satisfacción de las víctimas de abuso o violencia sexual ocurridos en el seno de la familia, sino que también cuestionan su eficacia en otras materias, de modo que se tiene que ser sumamente precisos a la hora de detectar en qué momentos y bajo cuáles requerimientos los procesos de justicia restaurativa son verdaderamente bien ejecutados y con impacto positivo para el futuro. Según Rashmi Goel, no es recomendable intentar experimentar cambios bruscos en la materia incorporando mecanismos alterna-

tivos, más allá de la mediación familiar y el conocimiento ordinario de los tribunales sobre hechos que, al menos desde la óptica de la justicia restaurativa, no logran sino victimizar y perjudicar aún más a las víctimas⁸³.

6. *Responsabilidad de los adolescentes*: A diferencia de las situaciones de violencia intrafamiliar, la evidencia revela que el modelo de justicia restaurativa es altamente efectivo en el caso de comportamientos contrarios al orden público (faltas) o al ordenamiento penal (delitos) y que sean cometidos por adolescentes, sean o no menores de edad. La efectividad está dada por las posibilidades de encausar la conducta social de los adolescentes, de gatillar fenómenos de arrepentimiento encaminados a corregir el daño causado, y de satisfacer las peticiones de las víctimas y la comunidad⁸⁴.

Así, por ejemplo, en casos de *shoplifting*, rencillas entre pandillas, vandalismo callejero o consumo ilícito de sustancias prohibidas, es factible intervernir a tiempo y prevenir la comisión de hechos de mayor gravedad. Como se verá más adelante, el mecanismo de conferencia grupal familiar es recomendable para las situaciones en que jóvenes se ven involucrados.

b) Descripción de los programas canadienses de justicia restaurativa

Los principales modelos existentes en Canadá son: (1) mediación víctima-agresor (*Victim-Offender Mediation*), (2) conferencia grupal familiar (*Family Group Conferencing*), y (3) un conjunto de programas agrupados bajo la expresión que denominamos Círculos Comunitarios (*Community Circles*).

En la mediación víctima-agresor (VOM) ambas personas son reunidas en privado para analizar la situación ilegal frente a un mediador profesional entrenado para ayudar en la exploración de posibilidades concretas de llegar a un acuerdo verificable y que resuelva el incidente. Este proceso—originado en el experimento Kitchener—permite a la víctima expresar sus sentimientos, percepciones y dificultades derivadas de los hechos, y, por su parte, otorga la oportunidad al agresor de hacerse responsable, explicar o justificar lo sucedido y demostrar remordimiento y/o ánimo de corrección.

El proceso de VOM otorga a las partes la libertad de decidir las bases de arreglo que les parezcan más justas, acordes a derecho y compatibles con los intereses de la comunidad, de cara a un ilícito específico. En el

⁷⁹ DEPARTMENT OF JUSTICE - CANADA: "Restorative Justice in Canada. A Consultation Paper", mayo 2000, en internet <<http://canada.justice.gc.ca/en/ps/voc/rjpag.html>>.

⁸⁰ ONTARIO NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION: *Breaking Free: A Proposal for Change to Aboriginal Family Violence*. Ontario, 1989, pp. 18-21.

⁸¹ Los estudios más conservadores sobre el tema indican que la violencia doméstica indígena es tres veces más frecuente que la violencia doméstica del promedio de la población canadiense.

⁸² En tal sentido, GOEL, Rashmi: "No Woman at the Center: The Use of the Canadian Sentencing Circle in Domestic Violence Cases", en *Wisconsin Women's Law Journal*, University of Wisconsin, Vol. 15, 2000, pp. 293-334 (complementada con su ponencia en la VIII Conferencia de Latina/o Critical Legal Theory, Cleveland State University, mayo 2003).

⁸³ Cfr. GOEL, R., *supra* nota 82, p. 295.

⁸⁴ Cfr. LAPRAIRE, C., *supra* nota 78, pp. 577 y ss.

último encuentro se supone que las partes han sido capaces de lograr un acuerdo sobre el plan operativo de las medidas reparadoras, puesto que el consentimiento y la participación fidedigna juegan un papel clave en el éxito de los resultados⁸⁵.

En general, este mecanismo es recomendado una vez que se ha formulado una denuncia/acusación concreta, pero también se logran respuestas auspiciosas en casos de mayor gravedad una vez conocida la sentencia definitiva del juez. Se ha demostrado ser altamente eficaz para el caso de primerizos, en especial si se trata de adolescentes, y en delitos de menor gravedad⁸⁶.

En el caso de la conferencia grupal familiar (FGC), se aprecia la marcada influencia de la tradición maorí, originada en Nueva Zelanda y adoptada en Australia, al considerar la participación de la familia en los conflictos en que jóvenes adolescentes se vieran envueltos⁸⁷.

A partir de 1995, la policía de Canadá (*Royal Canadian Mounted Police*) incorporó este mecanismo por vez primera para enfrentar casos de baja criminalidad, en lo que se ha denominado "foros comunitarios de justicia" (*Community Justice Forums*).

En lo principal consiste en una extensión de la mediación para incluir a un número más amplio de participantes, incorporando a representantes comunitarios o vecinales (incluyendo a funcionarios públicos como los policías) y miembros de las familias respectivas. El o los facilitadores cumplen el rol de encausar el debate, permitiendo a la(s) persona(s) acusada(s) expresar sus sentimientos sobre lo sucedido, a la(s) víctima(s) manifestar su dolor o daño, y en definitiva a generar espacios de comunión para zanjar el incidente.

Por último, en la calidad de *Community Circles* podemos subdistinguir tres categorías: (3.1) *Sentencing Circles*, (3.2.) *Healing Circles*, y (3.3) *Community-Assisted Hearings*. Todas ellas se basan en antiguas prácticas indígenas en las que miembros de la comunidad, la familia, los adultos mayores y la gente implicada en el conflicto se ubican en un formato

circular y conversan la situación acaecida y las maneras para remediar el mal causado, pudiendo acordar un plan de acción a seguir. A continuación se exponen los aspectos más relevantes de cada una de las sub-categorías enunciadas.

El *Sentencing Circle* ocurre una vez determinada y conocida la condena por parte del acusado declarado culpable (con o sin su reconocimiento de los hechos). Su finalidad es conversar sobre el mecanismo más apropiado para dar cumplimiento a la condena, en orden de recuperar la armonía comunitaria afectada. En general, se consideran las recomendaciones formuladas por un psicólogo asignado previamente y que se ha entrevistado en privado con el acusado, luego se discute en una sesión en la que participa el juez que conoció de los hechos, auxiliares de la administración de justicia, policías, abogados de las partes, miembros de la comunidad, ancianos, el ofendido y sus familiares, los encargados de los programas de rehabilitation, etc. Vale aclarar que la opinión del juez no es más significativa que la de un miembro de la familia del agresor o de la víctima⁸⁸.

Desde un punto de vista estructural, el *Sentencing Circle* promueve la participación en igualdad de condiciones. La posición física de los participantes es relevante y por eso se suelen instalar sillas en forma circular, evitando mesas, podiums, etc., facilitando que todos puedan ver el rostro de quien hace uso de la palabra⁸⁹. Usualmente una piedra, una pluma o un palo es pasado de persona a persona, indicando el derecho a voz de quien detenta transitoriamente el símbolo en su poder, y resguardando el orden y la oportunidad de cada uno de los participantes por dar a conocer su opinión. También es común que después de varias horas de conversación se logre el necesario consenso para poner término al proceso, el cual suele ser consignado en el expediente.

No se recomienda en casos de reincidencia, tampoco si no se aprecia interés o colaboración por parte de la víctima, del agresor o de los representantes de la comunidad.

⁸⁵ Para considerar las (des)ventajas del VOM, consúltese BROWN, Jennifer Gerarda: "The Use of Mediation to Resolve Criminal Cases: A Procedural Critique", en *Emory Law Journal*, N° 43, Emory University School of Law, 1994, pp. 1247 y ss. En caso que el agresor no muestre suficiente interés, se recomienda dejar a un lado el VOM y retomar el esquema formal de justicia (ZEHR, Howard: *Mediating the Victim-Offender Conflict*, Mennonite Central Office, Akron (PA), 1990, p. 11).

⁸⁶ Cfr. LUCAS, Nancy: "Restitution, Rehabilitation, Prevention, and Transformation: Victim-Offender Mediation for First-Time Non-Violent Youthful Offenders", en *Hofstra Law Review*, N° 29, 2001, pp. 1365 y ss.

⁸⁷ Cfr. MCCARNEY, Willie: "Restorative Justice: An International Perspective", en *Journal of the Center for Children & the Courts*, N° 3, 2001, pp. 3 y ss.

⁸⁸ La primera vez que se aprovechó el método tradicional *Sentencing Circle* en el sistema formal fue en el caso *Regina v. Moses* (1992) 3 C.N.L.R. 116., llevado a cabo ante el juez Barry Stuart (Yukon). Philip Moses, integrante de la comunidad indígena Na-cho-Ny-ak Dun, contaba un prontuario con 43 anotaciones, había estado privado de libertad en diversas oportunidades, y no mostraba signos de cambio conductual. A través del mecanismo de conferencia circular se acordó, en vez de la condena, el cumplimiento de un plan de trabajo rehabilitador que incluía cambiarse de domicilio, someterse a un severo tratamiento contra el alcoholismo, ser supervisado periódicamente y buscar trabajo. Además, se acordó la realización de posteriores conferencias en las cuales se evaluarían los estados de avance. Ver SMITH, Janelle: "Peacemaking Circles: The "Original" Dispute Resolution of Aboriginal People Emerges as the "New" Alternative Dispute Resolution Process", en *Hamline Journal of Public Law & Policy*, N° 24, 2003, pp. 329 y ss.

⁸⁹ GOEL, R., *supra* nota 82, p. 314.

Los *Healing Circles* son ceremonias cuya finalidad es poner término a un conflicto pendiente, permitiendo a los participantes expresar sus sentimientos, y dejar constancia que el agresor y la víctima han pasado por un proceso de sanación o reconciliación (*healing*), restaurando la armonía comunitaria transgredida con anterioridad⁹⁰.

4. Inglaterra

El objetivo de esta sección es abordar una experiencia exitosa desarrollada en Inglaterra. En primer término se expone la importancia de los "Paneles Juveniles" (*Youth Offender Panels*). Luego se explican los orígenes de los paneles juveniles. En tercer lugar, se ofrece una descripción procedimental. A continuación se revisan los resultados de evaluaciones recientes. Por último, se adelantan alcances orientadores para el debate interno.

a) Importancia de la experiencia de los Paneles Juveniles

La experiencia de los paneles juveniles resulta de interés para el presente estudio por dos razones. La primera es que éstos se han implementado recientemente a nivel nacional en el sistema de justicia juvenil de Inglaterra y Gales (en adelante, Inglaterra), a través de una reforma legislativa global al sistema de justicia juvenil⁹¹, y como forma de sentencia principal del sistema de justicia juvenil inglés. Con ello, este ejemplo ilustra una iniciativa surgida desde el Gobierno por implementar una filosofía de justicia restaurativa en el centro del sistema de justicia juvenil, y que se constituya en una de las principales formas de sanción de los infractores juveniles a la ley penal. Ello la transforma en un caso excepcional de incorporación de justicia restaurativa en el sistema de justicia criminal formal a nivel mundial, la cual, salvo por el caso de las Conferencias del Grupo Familiar en Nueva Zelandia, suele constituir una respuesta más bien marginal del sistema de justicia penal formal⁹². La segunda razón para estudiar los paneles juveniles de Inglaterra radica en que ellos recogen una gran variedad de experiencias y modelos de justicia restaurativa, tanto nacionales como extranjeros, seleccionando aquellos elementos que más se acercan a la tradición socio-jurídica inglesa y a los objetivos declarados del Gobierno para la justicia juvenil. Con ello, la experiencia inglesa puede ser especialmente útil para Chile, dado que se podría adoptar una estrategia similar, en cuanto a aprender de aquellas

⁹⁰ Cfr. "Restorative Justice in Canada. A Consultation Paper".

⁹¹ Concretamente, la *Crime and Disorder Act* (1998) y la *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (1999), consolidada en la *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act* (2000).

⁹² DIGNAN, James: "The Crime and Disorder Act and the Prospects for Restorative Justice", en *Criminal Law Review*, 1999, pp. 48-60.

experiencias comparadas más exitosas y que mejor se acerquen a las necesidades de su sistema de justicia juvenil y a su realidad socio-jurídica.

No obstante, es necesario señalar que se trata de una experiencia reciente, por lo cual sus resultados deben ser considerados con cautela. En efecto, los primeros proyectos pilotos comenzaron recién a mediados del 2000, y la implementación nacional tuvo lugar en abril de 2002. Desde el primer momento su puesta en marcha estuvo ligada a un proceso de evaluación extensivo a cargo de un equipo de investigadores formados por un consorcio entre el Goldsmiths College y las universidades de Leeds y Kent, todos contratados por el *Home Office*⁹³.

b) Orígenes de los Paneles Juveniles

Los paneles juveniles y el sistema de órdenes de derivación judicial que los acompañan forman parte de una reforma más global a la justicia juvenil implementada por el gobierno laborista, e iniciada en 1997 a través de dos cuerpos legislativos: *Crime and Disorder Act* (1998), y *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (1999). Cabe destacar que la nueva legislación ha adoptado como principio fundamental del sistema de justicia juvenil la justicia restaurativa, definida como las "3Rs" (restauración, reintegración y responsabilidad) en el documento gubernamental que fijó el espíritu del nuevo sistema (*White Paper*).

La justicia juvenil ha pasado a ser un asunto de gran importancia política, a tal punto que se ha convertido en un aspecto central de la agenda de gobierno del Partido Laborista, no sólo durante su etapa en el poder, sino que también durante el período en que fue oposición. El Partido Laborista ha intentado formular una política distintiva en relación a la justicia juvenil, que se distancie de la estrategia crecientemente punitiva que había estado adoptando el gobierno conservador, a la vez que confronte de manera eficiente a la delincuencia juvenil. Un eje central de esta política, reflejada en las amplias reformas legislativas y administrativas introducidas, ha sido el establecimiento de un objetivo general para la justicia juvenil basado en la prevención de la criminalidad y en los principios de la justicia restaurativa ya descritos.

⁹³ Los resultados de esta investigación están contenidos en NEWBURN, T., CRAWFORD, A., EARLE, R., GOLDIE, S., HALE, C., HALLAM, A., MASTERS, G., NETTEN, A., SAUNDERS, R., SHARPE, K., UGLOW, S.: "The Introduction of Referral Orders into the Youth Justice System-Final Report", *Research Study* N° 242, Home Office 2002, en internet <<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/index.html>>.

Las prácticas restaurativas introducidas por el nuevo sistema son numerosas, pero existe cierto consenso en la literatura al decir que el modelo que más se aproxima o que mejor concreta los valores y principios restaurativos son los paneles juveniles⁹⁴.

c) Descripción de los Paneles Juveniles

Los *Youth Offender Panels* consisten en un panel compuesto por al menos dos miembros voluntarios de la comunidad y un miembro del equipo para la delincuencia juvenil local (*Youth Offending Teams*, YOTs)⁹⁵. El panel es liderado por uno de los miembros de la comunidad. El objetivo es que operen como foros de deliberación informales donde el joven infractor, su familia y, si procede, la víctima y su núcleo de apoyo, puedan considerar y deliberar acerca de las circunstancias que rodearon la comisión del delito y sus efectos en la víctima⁹⁶. El acuerdo al cual llegue el joven infractor y el panel debe contemplar un programa de actividad o plan de acción dirigido a corregir las causas de la conducta infractora del joven, así como también una forma de reparar el daño causado a la víctima concreta o a la comunidad. El panel persigue, además de estos resultados, otorgar a las víctimas una oportunidad para encontrarse con el infractor, hablar acerca del delito y de su impacto, y dar su opinión acerca del contenido del acuerdo.

Los paneles juveniles operan en la fase previa a la sentencia, y constituyen una forma de disposición obligatoria del juez respecto de todos aquellos jóvenes entre diez y diecisiete años que se hayan declarado culpables y que hayan sido condenados judicialmente por primera vez, a menos que el juez considere que una orden de internación hospitalaria o la privación de libertad es más apropiada. Así, la orden de derivación a

⁹⁴ Ver CRAWFORD, Adam, NEWBURN, Tim: "Recent Developments in Restorative Justice for Young People in England and Wales: Community Participation and Representation", en *British Journal of Criminology*, Vol. 42, 2002, pp. 476-495; BALL, Caroline: "The Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999. Part I: A Significant Move Towards Restorative Justice, or A Recipe for Unintended Consequences?", en *Criminal Law Review*, enero 2000, pp. 211-222; DIGNAN, J., MARSH, P.: "Restorative Justice and Family Group Conferences in England", en MORRIS, A., MAXWELL G. (eds.): *Restorative Justice for Juveniles*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 85-101.

⁹⁵ Los YOTs constituyen agencias comunales integradas por representantes de los diversos servicios locales, tales como el servicio social, servicio de libertad vigilada, policía, educación y salud. Operan bajo el auspicio de la municipalidad respectiva. Su objetivo es evaluar qué tipo de intervención se requiere en cada caso de delincuencia juvenil, así como también producir planes para la reducción de la delincuencia juvenil a nivel local. Tienen a su cargo la implementación de una serie de sentencias alternativas introducidas por la nueva legislación, tales como las órdenes judiciales de reparación, las órdenes judiciales de planes de acción, y las órdenes de derivación judicial a paneles juveniles.

⁹⁶ NEWBURN, T., et. al., *supra* nota 93.

paneles juveniles no procede respecto de jóvenes con condenas judiciales anteriores. Se espera que los paneles juveniles se conviertan en una de las principales formas de dar respuesta a la delincuencia juvenil primeriza en Inglaterra.

La sentencia que deriva al Panel Juvenil es la única sentencia posible para el caso concreto, y no puede ser dictada en conjunto con otras sanciones u órdenes complementarias, a excepción de: condena de costas, compensación a la víctima⁹⁷, confiscación de instrumentos utilizados en la comisión del delito, y prohibición de asistencia a partidos de fútbol.

Si el panel no llega a acuerdo en su primera sesión, se lo puede convocar nuevamente hasta que se llegue a un acuerdo. Sin embargo, si éste no es posible o el joven no quiere aceptar el acuerdo, entonces el joven es enviado de vuelta al tribunal para que éste dicte una nueva sentencia en su caso. Si se llega a un acuerdo, la supervisión del mismo corresponderá al YOT local, pero se realizarán encuentros posteriores con el panel (al menos uno) para que éste supervise su cumplimiento. Idealmente, estos encuentros deben hacerse con los mismos miembros de la comunidad que participaron en el panel anterior. Una vez cumplido el acuerdo, el proceso termina y el joven queda sin antecedentes penales.

Como se puede observar, el panel juvenil pone en práctica claramente una ideología comunitaria, y busca incluir de la manera más amplia posible a todas aquellas personas con interés en la decisión acerca de cómo lidiar con las consecuencias inmediatas del delito y sus repercusiones para el futuro⁹⁸. En esto, los paneles juveniles siguen claramente el modelo de las Conferencias del Grupo Familiar de Nueva Zelandia y de algunos programas de Conferencia Comunitaria de Australia (en particular, el modelo de Waga Waga operado por la policía). Otra de las manifestaciones del comunitarismo visible en los paneles juveniles está dada por la inclusión de miembros de la comunidad que representan la voz de ésta al interior de los paneles.

Por otro lado, también se aprecia la influencia de la teoría republicana y de vergüenza reintegradora de Braithwaite⁹⁹, particularmente en el propósito que los paneles se constituyan, de alguna medida, en la comunidad de cuidado del joven infractor. Esto se ve claramente reflejado, por ejemplo, en la expectativa que los miembros de la comunidad pertenezcan a la misma localidad del joven infractor, y en la realización de reuniones sucesivas para chequear y apoyar al joven en la fase de

⁹⁷ Esto hace que los paneles juveniles estén menos orientados a la reparación de tipo patrimonial a la víctima, ya que ésta puede obtener dicha reparación a través del tribunal.

⁹⁸ MARSHALL, T., *supra* nota 6.

⁹⁹ BRAITHWAITE, J., *supra* nota 13.

cumplimiento del acuerdo, las cuales idealmente deben hacerse con la presencia de quienes participaron en el primer panel.

Además, la ideología de los paneles juveniles busca la inclusión de la víctima en el proceso como un actor central en el mismo. Finalmente, ellos adoptan claramente el principio de responsabilización activa del joven infractor. La inclusión de planes de actividad orientados específicamente a la conducta delictiva del joven refleja el objetivo general de prevención de la delincuencia juvenil que subyace a la creación de los paneles juveniles.

d) Evaluación de los Paneles Juveniles

Si bien algunos autores han criticado a los paneles juveniles por ser, supuestamente, más punitivos que restaurativos¹⁰⁰, así como también, por no ser suficientemente consensuales, al dejar en manos del panel la decisión final (y no en el consenso entre víctima y agresor)¹⁰¹, aparentemente los paneles juveniles sí han logrado ir constituyéndose paulatinamente en foros alternativos y participativos en los cuales deliberar en forma constructiva y en un ambiente relativamente informal, acerca de la naturaleza, consecuencias y causas de la conducta delictiva de un joven, así como también sobre los mecanismos específicos para reparar el daño causado¹⁰².

Sin embargo, se han detectado algunos de los siguientes problemas que vale la pena mencionar:

1. La dificultad de constituir a los paneles juveniles en foros suficientemente participativos e inclusivos de las 'comunidades de cuidado' y las familias de los jóvenes infractores, puesto que se ha detectado que en una significativa minoría de casos éstos acuden solos a las sesiones (10 %) o bien acompañados de uno de sus padres, generalmente la madre (80 %)¹⁰³. Esto aleja, en la práctica, al modelo de panel juvenil inglés de las Conferencias del Grupo Familiar de Nueva Zelanda, en las cuales se ha detectado una participación mayor de los miembros de las familias de los jóvenes infractores.

¹⁰⁰ BALL, C., *supra* nota 93.

¹⁰¹ WONNACOTT, C.: "The Counterfeit Contract-Reform, Pretence and Muddled Principles in the New Referral Order", en *Child and Family Law Quarterly*, 11 (3), 1999, pp. 271-287.

¹⁰² NEWBURN, T., et al., *supra* nota 93, p. 62.

¹⁰³ NEWBURN, T., CRAWFORD, A., EARLE, R., GOLDIE, S., HALE, C., MASTERS, G., NETTEN, A., SAUNDERS, R., SHARPE, K., UGLOW, S.: *The Introduction of Referral Orders into the Youth Justice System: First Interim Report*. Home Office Research, Development, and Statistics Directorate, enero 2001, p. 62.

2. La participación de las víctimas no ha alcanzado los niveles que se esperaban, siendo inferiores a los obtenidos por las Conferencias del Grupo Familiar neo zelandesas y de algunos programas de Conferencias Comunitarias en Australia. En los paneles juveniles, un promedio de 22% de víctimas contactadas por el YOT atendió a las sesiones del panel juvenil¹⁰⁴. Sin embargo, de acuerdo a Crawford y Newburn, este relativamente bajo nivel de asistencia de las víctimas se debería principalmente a un problema de manejo administrativo y de implementación de los programas, más que a una cuestión de principios o ideológica¹⁰⁵. Así por ejemplo, un dato importante arrojado por la investigación del *Home Office* a los primeros proyectos pilotos iniciados el 2000, es que los programas pilotos que más altos niveles alcanzaron en cuanto a la participación de las víctimas (entre un 30 a 40 % de asistencia), fueron aquellos que otorgaron una alta prioridad al trabajo de contactar a las víctimas. Más aún, el mismo estudio demostró que el nivel de cumplimiento de los acuerdos por parte de los jóvenes era más alto cuando la víctima había estado presente en la sesión (80% de cumplimiento, frente a un 65% cuando no había habido víctima presente)¹⁰⁶. Esto refleja la importancia de incluir a las víctimas en el proceso y que su participación sea considerada como prioritaria por los programas restaurativos.

e) Alcances para el debate interno

El presente análisis acerca de la experiencia de los paneles juveniles en Inglaterra, si bien breve, permite considerarlos como un modelo interesante a observar para Chile, tanto desde la perspectiva de su naturaleza comunitaria, como de sus objetivos generales perseguidos de prevención de la delincuencia, y su estrategia de implementación. Ésta última puede ser caracterizada de pragmática, en cuanto sigue diversos modelos exitosos de justicia restaurativa del derecho comparado, a la vez que recoge experiencias locales de justicia restaurativa desarrolladas previamente en Gran Bretaña, en especial las experiencias con mediación víctima-delincuente y las audiencias juveniles escocesas (*Scottish Children Hearings*)¹⁰⁷. La ambición de llevar la justicia restaurativa al centro del sistema de justicia juvenil es destacable para cualquier país que se

¹⁰⁴ NEWBURN, T., et al., *supra* nota 93.

¹⁰⁵ CRAWFORD, A., NEWBURN, T.: *Youth Offending and Restorative Justice: Implementing Reform in Youth Justice*. Willan Publishing, Devon, 2003, p. 186.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ DÍAZ, Alejandra: "The Growth of an International Restorative Justice Movement and Some Implications for Juvenile Justice in Chile", tesis doctoral, University of Leeds, 2004.

encuentre en proceso de considerar la implementación de la justicia restaurativa en su sistema de justicia juvenil. Sin embargo, es necesario señalar que este intento ha significado que en los paneles juveniles se combinan y/o co-existen principios de justicia restaurativa con una serie de objetivos y filosofías diversas y en ocasiones contradictorias, como el administrativismo, el comunitarismo y el populismo punitivo¹⁰⁸.

¹⁰⁸ CRAWFORD, A., NEWBURN, T., *supra* nota 93.

IV. DERECHO INTERNACIONAL

1. Introducción

Como señalábamos en el capítulo anterior, las experiencias analizadas constituyen buenos modelos de prácticas y/o experiencias internacionales exitosas y ajustadas a los estándares mínimos elaborados por la comunidad internacional para la justicia restaurativa. En este capítulo abordaremos someramente cuáles son esos estándares mínimos de justicia, los cuales son importantes de considerar para efectos de implementar programas, estrategias o políticas de justicia restaurativa en Chile que sean exitosos/as y respetuosos/as de las garantías mínimas del debido proceso para las partes.

En el ámbito internacional destaca la Resolución de Naciones Unidas sobre *Principios Básicos en el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Criminal* (en adelante, la Resolución), a cuyo análisis destinaremos este capítulo.

2. Orígenes de la Resolución de la ONU

La Resolución fue adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en julio de 2000, luego de ser discutida en el X Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento de los Delincuentes, celebrado en Viena, en abril de 2000. El objetivo de la Resolución consistió en recabar comentarios de los estados miembros, organizaciones inter-gubernamentales, ONGs, e instituciones que conforman el Programa de Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Criminal, acerca de la conveniencia y la forma de establecer principios comunes en el uso de programas de justicia restaurativa en materia penal. Más importante aún, la Resolución buscó recabar las distintas opiniones acerca de la conveniencia de desarrollar un instrumento internacional, tal como una Declaración, sobre principios de justicia restaurativa. La Resolución contiene un Anexo con un Proyecto de Declaración de Principios de Justicia Restaurativa, el cual será objeto de análisis en los párrafos que siguen.

La Resolución da cuenta de la importancia y peso moral que ha adquirido la justicia restaurativa en los últimos años para los gobiernos y organismos internacionales. Previo a la Resolución, se han dictado otros instrumentos internacionales sobre justicia restaurativa, pero de carácter regional. Tal es el caso de la Recomendación del Consejo de Europa relativa a Mediación en Materias Penales, adoptada en septiembre de 1999, y que sin duda tuvo influencia en la adopción de la Resolución de la ONU. Desde otra perspectiva, la Resolución, y en particular el Anexo

con el borrador de Declaración, ha recibido la influencia de una serie de estándares de justicia restaurativa elaborados ya sea por la comunidad académica, o por los diversos programas y organismos de justicia restaurativa actualmente existentes. Particularmente relevantes son la Declaración de Leuven sobre Justicia Restaurativa, suscrita por la comunidad académica internacional en 1997, con ocasión de la "Primera Conferencia Internacional sobre Justicia Restaurativa para Jóvenes, Potencialidades, Riesgos y Problemas para Investigación", la cual reflejó el consenso existente entre la comunidad académica y de operadores de programas de justicia restaurativa a nivel mundial respecto de estándares básicos para programas de justicia restaurativa. Asimismo, de un tiempo a esta parte, diversas organizaciones nacionales y/o internacionales han desarrollado estándares de justicia restaurativa con el fin de guiar en la implementación y operación adecuada de programas restaurativos en sus respectivas jurisdicciones. Entre las más importantes cabe mencionar a las siguientes: "Fundamental Principles on Restorative Justice", desarrollado por el Center for Peacemaking and Conflict Studies de Fresno Pacific College; los "Standards in Restorative Justice Project", en el Reino Unido; las "Recommended Ethical Guidelines", desarrollados por el Victim-Offender Mediation Association (VOMA) de Estados Unidos; y las "Guidelines on the Use of Victim Offender Dialogue in Criminal Proceedings", adoptadas por la American Bar Association¹⁰⁹, y el Informe del Gobierno Canadiense "Victims Rights, A Voice Not a Veto".

3. Alcances e implicancias de la Resolución de la ONU

Si eventualmente la Resolución se materializa en la adopción de una Declaración sobre Principios de Justicia Restaurativa en Materia Penal, tendrá efectos legales como norma no vinculante de derecho internacional, pasando a constituir principios generales de derecho internacional, los cuales con el tiempo y la práctica conteste de los estados y organismos internacionales, pueden llegar incluso a constituir normas consuetudinarias de derecho internacional¹¹⁰. Según Thürer, una de las características principales de esta clase de normas consiste en que ellas tienen una cierta proximidad con la ley y, sobre todo, poseen la capacidad de producir ciertos efectos legales. De tal forma que, si bien no emanan de una fuente formal de derecho internacional de aquellas establecidas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se encuentran en el límite entre la soberanía y la necesidad de establecer reglas que gobiernen las relaciones internacionales. Constituyen, en suma, un signo de las

¹⁰⁹ Véanse en internet <<http://www.restorativejustice.org>>.

¹¹⁰ STEINER, Henry, ALSTON, Philip: *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 137.

expectativas de la comunidad internacional en relación a la práctica en cuestión, aspirando a regular las relaciones de los estados en la materia, pero con cierta flexibilidad, dejando abierta la posibilidad de su no observancia. En otras palabras, su violación generará condena internacional, pero será significativamente menos severa que tratándose de la violación de una norma vinculante de derecho internacional¹¹¹. A su vez, estas normas son útiles para los estados y organismos internacionales en sus relaciones mutuas al momento de discutir la creación de derecho o la implementación de ciertos proyectos y programas, ahorrándoles tiempo en la discusión y negociación de la materia ya regulada por los principios y/o estándares de derecho internacional. Finalmente, un efecto importante de este tipo de normas es que ellas contribuyen a la interpretación y desarrollo del derecho internacional existente. Es así como numerosas resoluciones de organizaciones internacionales han contribuido a la interpretación de los tratados y normas de derecho consuetudinario.

A la luz de este análisis es posible sostener las siguientes implicancias de una eventual Declaración de Principios de Justicia Restaurativa de la ONU para Chile: En primer lugar, dado que nuestro país se encuentra en un proceso de adecuación de las normas de su derecho juvenil a los estándares internacionales, una Declaración de Principios de esta naturaleza revelaría la expectativa de la comunidad internacional de que los estados miembros implementen programas de justicia restaurativa, en la forma y con los estándares contenidos en la Declaración. El estado, por tanto, tendría una obligación moral de implementar o experimentar con programas de justicia restaurativa, a la vez que, de ser éstos implementados, Chile aparecería ante los ojos de la comunidad internacional como cumpliendo con las expectativas de la misma en cuanto a la adecuación de su sistema de justicia juvenil a las normas y estándares de justicia internacionales. Esto es más patente aún, si se considera la relación existente entre las normas del Anexo de la Resolución y aquellas disposiciones relativas a la justicia juvenil contenidas en la Convención de Derechos del Niño (1989), las Directrices de Riyadh (1990) y las Reglas de Beijing (1985). Si bien no es posible realizar un análisis detallado de dichas disposiciones en este documento, cabe señalar al menos que varias de sus disposiciones se relacionan estrechamente y promueven los principios sustentados por la justicia restauradora¹¹². Retomando el análisis de Thürer, una Declaración

¹¹¹ THÜRER, D.: "Soft Law", en BERNHARDT, R.: *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4. Max Planck Institute, Amsterdam, 2000, pp. 452-460.

¹¹² Ver el Artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño (que recoge el concepto de participación activa del joven infractor en la resolución de su conflicto jurídico penal al otorgarle el "derecho a ser oído" en todas las instancias administrativas y judiciales); DURANDEAU, María Laura: "Resolución Alternativa de Conflictos a la Luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en *Revista CREA*, Universidad Católica de Temuco, Vol. 1, 2000, pp. 75 y ss.

de Principios de Justicia Restaurativa contribuiría a interpretar y dar contenido a las disposiciones contenidas en estos instrumentos de derecho internacional y, en particular, a los derechos de la infancia en el ámbito penal¹¹³.

4. Contenidos de la Resolución

El Anexo de la Resolución contiene en su Sección Primera una serie de definiciones y conceptos de justicia restaurativa y de las prácticas en que se expresa. Luego, en su Sección Segunda, se establecen algunas de las reglas del debido proceso más relevantes que los programas de justicia restaurativa deben observar, así como las condiciones para su operacionalización. Entre las cuales cabe destacar:

- a) La necesidad de que las partes tengan acceso a respuestas restaurativas en todas las fases del procedimiento penal;
- b) El principio de voluntariedad en la participación de las partes en los procesos de justicia restaurativa;
- c) El principio de que los acuerdos alcanzados sean razonables y contengan obligaciones proporcionadas; y
- d) El requisito de que el imputado u ofensor, antes de aceptar participar en un proceso restaurativo, reconozca los hechos que rodearon la comisión del delito. Sin embargo, se señala que la participación en un proceso restaurativo no debiera considerarse como una evidencia del reconocimiento de culpabilidad en procedimientos judiciales posteriores.

Se indica también en esta Sección Segunda que la falta de acuerdo, o el incumplimiento del acuerdo alcanzado, no debiera ser considerado como justificación para una sanción más severa en contra del autor del delito. Finalmente, se establece una serie de resguardos como que los procesos restaurativos deben ser seguros para las partes y que las diferencias de poder entre las partes, su edad, madurez y/o capacidad intelectual han de ser consideradas al momento de derivar un caso a justicia restaurativa.

Luego, en la Sección Tercera se consignan algunos de los derechos del debido proceso más relevantes para la justicia restaurativa, tales como: el derecho a defensa, el derecho a ser informado acerca del procedimiento y sus repercusiones, la confidencialidad, la prohibición de doble juzgamiento sobre lo mismo, y el derecho a no ser presionado por medios injustos o ilegítimos a participar en un proceso restaurativo.

El derecho a defensa ha sido un aspecto intensamente debatido al interior del movimiento de justicia restaurativa. Ésta, como se analizó anteriormente, rechaza explícitamente y desde sus postulados teóricos la intervención de los profesionales en los procedimientos restaurativos, y entre ellos, rechaza con particular vehemencia la participación de los abogados. Ello es así porque los abogados son considerados el paradigma de los usurpadores del conflicto penal a las partes, la encarnación de los valores adversariales y del discurso basado en la correcta aplicación de las normas legales abstractas en lugar de los intereses y necesidades reales de las partes, lo que es objeto de gran crítica por parte del discurso restaurador.

Sin embargo, el hecho que la justicia restaurativa frecuentemente se desarrolla dentro de los márgenes del sistema penal formal, con su característica esencial de ser un aparato coercitivo, hace que muchas veces la participación voluntaria de las partes se encuentre teñida de una serie de estímulos y presiones para participar, en particular, la presión que experimenta el imputado de decidir entre el proceso restaurador o ir a juicio. Si a esto se suman las presiones de carácter administrativo que diariamente reciben los sistemas de persecución penal y que los motivan a derivar causas a instancias de resolución informales, es posible que la decisión de participar por parte de los imputados no cumpla con los requisitos mínimos de voluntariedad que otorgan legitimidad a los procesos restaurativos. Las infracciones al debido proceso se pueden dar en las áreas de reconocimiento de culpabilidad sin ser legalmente culpable, o sin tener conocimiento o no comprender adecuadamente los alcances de dicha declaración. Esta circunstancia ha provocado que muchos piensen que la presencia de un abogado en esta etapa (en la cual se toma la decisión de participar o no en el proceso restaurativo) sea particularmente relevante. Esto aparecería como más importante aún tratándose de menores.

La provisión de asistencia legal también podría ser importante al momento de decidir los acuerdos, en particular para la protección de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de los mismos. Sin embargo, ello colisiona con dos principios de la justicia restaurativa, a saber, el de empoderamiento de las partes en la resolución de su conflicto (el cual pasaría nuevamente a manos de los profesionales legales) y, corolario del anterior, la noción de que lo justo se mide esencialmente por la subjetividad de las partes y el grado en el cual éstas se sienten satisfechas en sus necesidades e intereses y no por lo que determine en forma previa y abstracta el legislador. Por todo lo anterior, y sin que de todas formas el debate esté agotado, ni a nivel de los principios ni de la práctica, se ha sostenido en general que la asistencia legal debiera proporcionarse en la justicia restaurativa pero restringida al siguiente ámbito: (1) a la posibilidad de que dicha asistencia no sea necesariamente proporcionada por abogados, sino que por otras personas idóneas, y (2) que ésta se proporcione antes

¹¹³ DÍAZ, A., *supra* nota 107.

o después del proceso restaurativo, pero no durante el mismo, de modo de no alterar la naturaleza desprofesionalizada y empoderadora de los procesos restauradores.

Finalmente, la Sección Cuarta de la Resolución se refiere a los facilitadores o mediadores de los procesos restaurativos, acerca de su entrenamiento, sus destrezas y responsabilidades. Dispone que éstos deben ser imparciales, que han de provenir de todos los sectores sociales y poseer un buen conocimiento de la cultura local y de la comunidad, y que deben poseer buen juicio y destrezas interpersonales¹¹⁴. Los mediadores y facilitadores han de ser los responsables de proveer un ambiente seguro para las partes, así como ser sensibles a las vulnerabilidades de las mismas.

En síntesis, la existencia de la Resolución constituye un paso importante en el avance de la justicia restaurativa a nivel mundial, y permite corregir malas prácticas en su implementación (las que pueden llevar a un desprestigio de esta teoría). También atestigua el reconocimiento paulatino de esta teoría de justicia criminal, lo que hace más necesario que Chile ingrese a los debates sobre el tema. Es más, de avanzarse hacia la dictación de una Declaración de la ONU sobre la materia, Chile tendrá una obligación moral de incluir o al menos considerar la inclusión de estas prácticas en su sistema penal, y particularmente, en su sistema de justicia juvenil. Por otra parte, el proyecto de Declaración da cuenta de las tensiones existentes entre la justicia restauradora y la justicia formal-liberal; tensiones que no se resuelven de manera alguna con la dictación de una Declaración, sino que forman parte del debate más amplio entre la teoría restaurativa y las teorías de justicia predominantes de corte liberal. En este sentido, si bien por un lado la justicia restauradora hace una concesión a la justicia liberal a través de la incorporación de reglas mínimas del debido proceso, la justicia liberal formal, que encuentra una de sus formas de expresión y consagración en la creación de instrumentos internacionales de derechos humanos, también hace una concesión a la teoría restauradora a través de su incorporación al derecho internacional de los derechos humanos. El debate continúa abierto.

¹¹⁴ En este sentido, la Resolución refleja una preferencia por facilitadores y/o mediadores de origen comunitario, pero a la vez recomienda su especialización y entrenamiento. Esto último conlleva el riesgo de profesionalización de los facilitadores y la creación de comunidades internas de para-profesionales del derecho. En este sentido, debe recordarse que una de las críticas más importantes que formula la justicia restaurativa a la justicia legal formal es precisamente su carácter profesionalizante que lleva a la usurpación del conflicto a las partes.

V. PROPOSICIONES DE POLÍTICA PÚBLICA EN RELACIÓN A LA INCORPORACIÓN DE MODELOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN CHILE

El objetivo de este capítulo es proporcionar una serie de recomendaciones sobre políticas públicas para la incorporación de modelos de justicia restaurativa en Chile. Para estos efectos se dedica una primera sección al análisis de experiencias de justicia restaurativa en Chile, con el fin de determinar si existen elementos constitutivos previos de justicia restaurativa en nuestro país que pudieran servir como referente para la creación más sistemática de estos modelos. En segundo lugar, se abordan cuestiones específicas relativas a la configuración de políticas públicas en esta área, incluyendo consideraciones de carácter político, análisis sobre los beneficios y problemáticas generales de la justicia restaurativa que es preciso contemplar al momento de decidir su incorporación, y estrategias específicas para hacerlo. A propósito de todos estos temas se incorporan datos estadísticos y estudios que avalan las consideraciones allí formuladas. Finalmente, se señalan las áreas en las cuales se recomienda incorporar modelos de justicia restaurativa en Chile, al menos en una primera etapa, así como también la forma, oportunidades de incorporación y desafíos que plantea la aplicación de la justicia restaurativa.

1. Análisis de Experiencias de Justicia Restaurativa en Chile

1.1. Experiencias en justicia poblacional

Es posible detectar experiencias espontáneas e informales de administración de justicia en nuestro país. De especial interés para esta investigación son los fenómenos concretos ocurridos en poblaciones de Santiago y que han sido analizadas empíricamente y documentadas por distintos equipos de investigadores, aunque con mayor intensidad en el período anterior al golpe militar. Un buen ejemplo ocurre con motivo del trabajo llevado a cabo por el Comité Interdisciplinario de Desarrollo Urbano (CIDU)¹¹⁵, el cual ha permitido conocer la realidad de los sectores poblacionales y los campamentos periféricos (o marginados) del Gran Santiago, en los años 60 y 70. En un estudio realizado en 1971, el CIDU indagó sobre las

¹¹⁵ El CIDU fue creado en 1965, gracias a los aportes de la Fundación Ford, para promover el intercambio entre docentes de varias facultades de la Pontificia Universidad Católica de Chile interesados en los problemas de desarrollo urbano. En 1975, el CIDU fue fusionado con el Instituto de Planificación Urbana (IPU, creado en 1974) de la Facultad de Arquitectura, Diseño y Estudios Urbanos, dando lugar al Instituto de Planificación del Desarrollo Urbano (CIDU-IPU), el cual siete años más tarde pasó a denominarse Instituto de Estudios Urbanos (IEU), actual Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales de dicha casa de estudios.

experiencias espontáneas relacionadas con la administración de justicia y en las cuales no hubiese intervención estatal, esto es, casos en los cuales los pobladores sustituyeron los mecanismos formales de resolución de conflictos por vías propias e informales¹¹⁶. Al consignar una tipología y caracterización sobre las formas de organización poblacional, los esquemas de funcionamiento en la búsqueda de justicia, los actos considerados como delitos o contrarios a los valores protegidos (y no siempre coincidentes con los fijados por la legislación¹¹⁷), y las sanciones respectivas y conectadas a ciertos objetivos comunitarios, se informa, a modo de ejemplo, sobre la importancia que revestían las decisiones adoptadas en las “manzanas” de los campamentos, aclarando que cada manzana tenía por función “la resolución de los problemas de orden interno y de carácter cotidiano que surjan entre los pobladores que la componen, siempre que no revistan mayor gravedad (por ejemplo, peleas, ebriedad y problemas de tipo familiar). En este carácter, actúa como tribunal de única instancia”¹¹⁸. En caso que los asuntos fueran más delicados o de mayor gravedad, e incluso involucrando a dos o más manzanas, entonces correspondía intervenir a la “Asamblea de Pobladores” en la resolución de la controversia, debiendo la “Comisión de Disciplina” registrar los antecedentes y el cumplimiento de las medidas aplicadas por aquélla.

Desde el punto de vista de los resultados de la administración espontánea de justicia, cabe destacar que en opinión de los pobladores entrevistados en su oportunidad, la experiencia de justicia propia o interna era más efectiva y pedagógica que las opciones que otorgaba el sistema de justicia formal de la época. Agrega el informe citado que “[e]l análisis completo de un caso con sus implicancias sociales conduce a los otros pobladores a percibir la consecuencia de su situación de dominados o explotados: por ejemplo, mostrando la relación que existe entre problemas familiares y falta de dinero, entre robo y falta de trabajo, etc. Por otra parte, la sanción concebida como método de educación conduce tanto al “culpable” como a los demás pobladores encargados de la administración de justicia a percibir la solidaridad entre pobladores. Este mismo proceso de concientización conduce a hacer percibir una serie de faltas que configuren una ausencia de responsabilidad: por ejemplo, la no cooperación en las decisiones que conciernen al problema de la salud por negligencia o falta de higiene, conduce al poblador, a través del juicio y la sanción,

a tomar conciencia de su falta de solidaridad y de las consecuencias de ésta.”¹¹⁹ De modo que el efecto observado fue una “elevación del nivel de conciencia social de la población marginada, (...) un incremento de su responsabilidad y madurez cívica”¹²⁰ y una menor frecuencia de los actos catalogados como ilícitos.

Es conveniente también subrayar que no era extraño que en la Asamblea de Pobladores se acordaran medidas preventivas para evitar la comisión de ilícitos; así, para evitar conflictos motivados por el efecto del alcohol, era factible anticiparse declarando “zona seca” (prohibiendo el ingreso al campamento de personas en notorio estado de ebriedad); o la búsqueda cooperativa de fuentes de trabajo, para disminuir los delitos contra la propiedad; o la creación de brigadas sanitarias, para mejorar las condiciones higiénicas del núcleo poblacional, entre otras medidas.

Estas experiencias de justicia informal y popular, también conocidas como “Cortes Vecinales”, fueron posibles debido, por una parte, a la convergencia entre el clima político imperante en la época en el cual los partidos de izquierda se disputaban el apoyo de los pobladores de los campamentos a través de una crítica al sistema de justicia oficial, y por otra parte, al desarrollo del movimiento social y urbano de toma de terrenos y formación de campamentos. Si bien los sectores políticos coincidían en la necesidad de descentralizar la administración de justicia y mejorar el acceso a la misma por parte de los sectores más pobres, la propuesta de la Democracia Cristiana se centraba en mejorar la prestación de servicios de los tribunales profesionales, ampliando su cobertura hacia los sectores populares. En tanto, los partidos de izquierda promovían el establecimiento de Cortes Vecinales con jueces legos, elegidos por la misma comunidad y con competencia para conocer y juzgar los conflictos que al interior de ella se suscitaban. Para la izquierda, las Cortes Vecinales y Asambleas de Pobladores eran funcionales a los objetivos políticos de educación popular y auto-gobierno, y traslucían una crítica más profunda hacia el sistema de administración de justicia oficial, el cual era visto como clasista y discriminatorio hacia los más pobres.

Si bien existió un proyecto de ley promovido por el Gobierno de la Unidad Popular con el fin de crear Cortes Vecinales a nivel nacional, nunca se materializó debido a la oposición en el Congreso. No obstante, surgieron dos iniciativas de Cortes Vecinales y/o justicia informal: la desarrollada espontáneamente en algunos campamentos y que se ha analizado en los párrafos precedentes, y las Audiencias Populares llevadas a cabo por jueces profesionales en los distritos más pobres. Estas últimas se establecieron en la misma época que las anteriores, a petición del

¹¹⁶ CUELLAR, Óscar, CHEETHAM, Rosemond, QUEVEDO, Santiago, ROJAS, Jaime, VANDERSCHUEREN, Franz: “Experiencias de justicia popular en poblaciones”, en *Cuadernos de la Realidad Nacional*, PUC, N° 8, junio 1971, pp. 153-172.

¹¹⁷ “Notorio es el hecho de que muchos actos considerados como meras faltas por la legislación, lleguen a considerarse delitos graves en algunos campamentos. Es el caso, por ejemplo de las infracciones a los reglamentos sanitarios y a la falta de cooperación y participación en las organizaciones de base”. *Ibid.*, p. 166.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 165.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 167-168, negritas omitidas.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 172.

Ministerio de Justicia y por orden de la Corte Suprema sólo cuatro jueces las llevaron a cabo en Santiago. Las Audiencias Populares eran conducidas por un juez profesional en un ambiente informal y sin la presencia de abogados. Las causas que se procesaban eran básicamente de carácter civil, familiar y vecinal, incluyendo algunos delitos de escasa seriedad, e involucraban a personas que mantenían algún tipo de relación previa o que continuarían relacionándose en el futuro.

Spence¹²¹ compara estas dos iniciativas de justicia informal y vecinal en Chile –en cuanto al modelo de resolución de conflictos adoptado en uno y otro caso– de la siguiente manera: (1) en las Audiencias Populares con jueces profesionales, el tiempo de duración de las sesiones era mucho menor que en el caso de las Cortes Vecinales de los campamentos; (2) en las Audiencias Populares el conflicto se adscribía exclusivamente al ámbito de la responsabilidad individual de las partes implicadas en el mismo, en tanto que en las Cortes Vecinales el conflicto era –por lo general– analizado en su contexto social y político y era aprovechado como una instancia de educación política en la comunidad (vgr., para debatir acerca de las causas del alcoholismo en el desempleo); (3) las Audiencias Populares utilizaban básicamente el mecanismo del arbitraje para resolver los conflictos, si bien rodeándolo de formalismos que sugerían acuerdos consensuados –la decisión arbitral era respaldada por la posibilidad que tenía el juez de recurrir a la fuerza pública y por la relativa autoridad que el juez inspiraba en algunos de los participantes, en tanto representante del poder estatal–, mientras en el caso de las Cortes Vecinales y Asambleas de Pobladores el mecanismo de resolución de conflictos generalmente utilizado era más cercano a la mediación (si bien no suficientemente desarrollada en cuanto técnica específica), y el cumplimiento de las resoluciones se basaba tanto en su carácter consensuado como en el apoyo que los vecinos otorgaban en ocasiones a dichas decisiones.

Según Spence, las razones de que ambas iniciativas no se consolidaran lo suficiente radican en la carencia de recursos organizacionales y de objetivos claros, e importancia secundaria que adquirieron en sus contextos específicos (el sistema de administración de justicia formal y los campamentos, respectivamente). Con respecto a las Cortes Vecinales de los campamentos, cabe agregar que una de las causas de su atrofia se debió a que les correspondió conocer y juzgar en casos criminales que adquirieron relevancia pública (específicamente, el caso de una violación en uno de los campamentos) y que motivaron la reacción adversa de la derecha¹²².

¹²¹ SPENCE, Jack: "Institutionalizing Neighborhood Courts: Two Chilean Experiences", en *Law and Society Review*, Vol. 13, 1978, pp. 139-182.

¹²² Ver *El Mercurio*, 3, 4 y 5 de mayo de 1972; *La Tribuna*, 3 de mayo de 1972; *Las Últimas Noticias*, 5 y 10 de mayo de 1972 (citado en SPENCE, J., *ibid.*, pp. 174).

1.2. Tendencias recientes

A principios de los noventa comienzan a producirse en Chile una serie de desarrollos y tendencias socio-políticas que abren oportunidades para el crecimiento de la justicia restaurativa en Chile¹²³:

- a) Diversos organismos internacionales de desarrollo prestan su cooperación para impulsar reformas significativas en el sector justicia. Ello ocurre, vgr., con el financiamiento de estudios, evaluaciones, traspaso de tecnologías legales, etc., para la implementación de la reforma procesal penal, así como también en el financiamiento de diversas iniciativas vinculadas al Acceso a la Justicia.
- b) El surgimiento, desarrollo y expansión del movimiento *ADR*–*Alternative Dispute Resolution* (Resolución Alternativa de Conflictos–RAC), y su particular énfasis en las áreas de mediación familiar, escolar y comunitaria¹²⁴, y en la mediación y arbitraje comercial.
- c) El creciente reconocimiento de los derechos de las víctimas (traducido a través de organismos especializados en el Ministerio de Justicia y en el Ministerio Público, y en la creación de figuras como los acuerdos reparatorios y las suspensiones condicionales en el nuevo proceso penal).

Desde la sociedad civil también han surgido interesantes iniciativas vinculadas al movimiento *ADR*, existiendo a la fecha dos proyectos relativamente establecidos: el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos de la Universidad Católica de Temuco (CREA), que presta servicios de mediación en disputas de carácter familiar, laboral y comunitario, y el Proyecto de Resolución Pacífica de Conflictos y Mediación Escolar de la Fundación Paz Ciudadana, que se encuentra experimentando con proyectos de mediación y educación para la "paz" en los colegios.

La importancia de todos estos desarrollos para la justicia restaurativa es que permiten ir generando un cambio cultural hacia los valores que ésta sustenta (y ya descritos¹²⁵), y hacia la resolución pacífica de controversias *latu sensu*, y ello no sólo al nivel de la práctica y políticas de los Estados, sino que también en el ámbito de las familias, las escuelas y los barrios.

¹²³ PARKER, Lynette: "El Uso de Prácticas Restauradoras en América Latina", en *Revista CREA*, Vol. 4, Universidad Católica de Temuco, 2003, pp. 217 y ss.

¹²⁴ ALLIENDE, Leonor, et. al.: *El Proceso de Mediación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2002 (sobre las experiencias con mediación familiar y comunitaria desarrolladas en el Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial).

¹²⁵ VAN NESS, D., STRONG, K., *supra* nota 9.

De acuerdo a Braithwaite y Strang, un cambio cultural de este tipo tendrá repercusiones aún mayores que los programas restaurativos específicos en la disminución de los niveles de criminalidad en la sociedad¹²⁶.

1.3. Pueblos indígenas

A pesar que la Ley Indígena (Ley N° 19.253) reconoce ocho etnias indígenas, esta sección se aboca al análisis de la resolución de conflictos en el pueblo mapuche (al representar un 95% de la población indígena de Chile).

Los resultados de los dos últimos censos poblacionales (1992-2002) muestran que existe una gran diversidad al interior del pueblo mapuche¹²⁷. Variables como la ubicación territorial, el grado de ruralidad, la edad, el sentido de pertenencia, el nivel de asimilación a la cultura dominante, la educación recibida, entre otros factores, inciden en el comportamiento individual y comunitario de los mapuche, de modo que la descripción de los aspectos restaurativos de la resolución de conflictos en el pueblo mapuche que a continuación se formula debe ser considerada aceptando la actual dispersión.

a) Las controversias se resuelven dentro del *lof*

En términos muy generales, cada *che* (persona) forma parte de una *reyñma* (familia extendida). La sumatoria de varias *reyñma* da lugar al *lof*, organización tradicional mapuche y que puede ser entendida como la comunidad a la cual el *che* pertenece. Cuando cuatro o más *lof* se agrupan se habla de *rewe*, y así de *ayja rewe*.

Los conflictos internos de gravedad, en estricto rigor, no sólo importan al agresor, a la víctima y a sus familiares, sino que además repercuten en el *lof*, de modo que activan los mecanismos resolutorios propios de éste. Sin embargo, no siempre ello es así, pues los indígenas también recurren al sistema formal de resolución de conflictos (la justicia *wigka*), quedando en evidencia la "incompatibilidad" entre ambos modelos¹²⁸.

¹²⁶ BRAITHWAITE, John, STRANG, Heather (eds.): *Restorative Justice and Civil Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, citado en PARKER, L., *supra* nota 123, p. 221.

¹²⁷ En los censos anteriores la variable de identificación o pertenencia indígena no formaba parte de los cuestionarios, de modo que habrá de contentarse con los análisis de los dos censos recientes.

¹²⁸ A pesar que la persona afectada puede denunciar ante su comunidad la comisión de un ilícito por parte de otro integrante del *lof*, no se puede impedir que haga uso de sus facultades legales para dar aviso a Carabineros o a la autoridad pública. Tradicionalmente se enseñaba que los problemas internos se resolvían dentro de la comunidad, aunque con el tiempo las (des)ventajas del sistema retributivo han sido incorporadas. La confusión sucede cuando la víctima recurre a ambos sistemas.

b) Comportamiento contrario al *az mapu*

Por *az mapu* se entiende al sistema jurídico mapuche, de carácter consuetudinario y obligatorio, cuya finalidad es comprender el catálogo de normas de conducta social y pautas culturales deseables y las relaciones con la naturaleza que cada *che* ha de respetar. La transgresión del *az mapu* genera consecuencias de distinto rango, dependiendo de la magnitud de la infracción, permitiendo al infractor remediar la situación y restablecer el *waj mapu* (equilibrio cósmico). Como lo sintetiza Javier Quidel, "[l]a autorregulación (...) del pueblo mapuche se refiere a todos los aspectos del quehacer de la vida mapuche. Para el mapuche cada una de sus acciones, tanto en el mundo social como en su relación con los entes de la naturaleza, está regulada por el *Az Mapu*."¹²⁹

De esta forma, la cosmovisión mapuche de la justicia es holística, y el fin último de la justicia es restablecer el equilibrio cósmico quebrantando por la violación de una norma del *az mapu*. Este equilibrio comprende las relaciones del hombre con la comunidad, la naturaleza, el mundo de los espíritus y la divinidad, en donde esta última se refiere a cuatro "esencias divinas" que configuran una sola fuerza positiva¹³⁰.

Un aspecto esencial de la filosofía mapuche consiste en el vínculo entre el pueblo mapuche y la tierra. El mapuche nace de la tierra, vive en ella por un tiempo, y finalmente vuelve a la tierra. Hay en el pensamiento mapuche la idea de ciclos, que se puede entender como reencarnación, ya que se cree que el hombre transita o rota en forma permanente en la tierra¹³¹. La filosofía mapuche plantea que los mapuche son brotes de la tierra, y lo son de la parte de la tierra concreta en que nacieron, existiendo una vinculación esencial entre el hombre y el lugar físico de nacimiento, el cual es su madre. Además, la idea mapuche de territorio comprende el *Wenu Mapu* o Tierra de Arriba, que equivaldría a lo que los occidentales llaman cielo, y que para el mapuche es desde tiempos remotos materia compuesta de astros, estrellas y constelaciones, el *Nag Mapu* o Tierra de Aquí y que es el suelo o tierra propiamente tal donde vive el hombre y la naturaleza, y el *Minche Mapu* o Tierra de Abajo. No existiría en la cosmovisión mapuche la distinción entre tierra, subsuelo, agua, plantas, etc., sino que todo es parte de una misma unidad. Finalmente, siendo para el mapuche la tierra su madre, no la puede poseer y, por ende menos, vender. Esto marca uno de los grandes conflictos culturales entre los mapuche y los *wigka*. Además, estando el ordenamiento jurídico constitucional

¹²⁹ QUIDEL, Javier: "Reflexiones sobre el Ordenamiento y Autorregulación o Sistema Jurídico Mapuche", en *Resolución de Conflictos en el Derecho Mapuche*. Universidad Católica de Temuco, s.d., p. 245.

¹³⁰ SANCHEZ, J., *supra* nota 39, p. 32.

¹³¹ *Ibid.*, p. 31.

chileno esencialmente orientado hacia la protección de la propiedad privada, la que recae también sobre la tierra y, por tanto, en lo que más concierne a los mapuche, sobre los territorios que les han sido "históricamente usurpados", se comprende la violencia ideológica que significa para la cultura mapuche el sistema de justicia estatal *wigka*. Considerando este vínculo esencial entre el mapuche y la tierra en donde nació, es posible cuestionarse acerca del impacto que tiene y ha tenido en el hombre mapuche la cárcel, que lo mantiene por un período de tiempo desconectado de su territorio.

c) El rol de los dirigentes

Los principales líderes del *lof* son el *logko*, la *machi* y el *werken*. El *logko* es la autoridad máxima del *lof* y cumple el rol de dirigente político interno, encargado de la conducción de las ceremonias (vgr., el *ngillatun*), y colaborador en la toma de las decisiones relevantes para la comunidad, incluyendo la resolución de conflictos graves.

El/la *machi* es la persona encargada de la espiritualidad de la comunidad, junto con atender los asuntos personales y determinar los tratamientos medicinales en caso de enfermedad de cualquiera de los integrantes. Cuando un asunto no encuentra solución en las conversaciones privadas o *nüxam*, ni en las sesiones de consejería o *gübam*, o bien, no se aprecia que el infractor haya recapacitado (*günezwam*), entonces corresponde a la comunidad intervenir¹³².

El *werken*, por su parte, cumple con las tareas de mensajería entre las comunidades, y en esa actividad de embajador también le corresponde opinar en el evento que las personas involucradas en un conflicto pertenezcan a distintos *lof*.

d) Oralidad

Las ceremonias en las que el *lof* y la víctima intentan que el daño sea reparado se desarrollan verbalmente, hablando en el orden que la autoridad tradicional lo indique. No existen registros de los acuerdos y su cumplimiento se plantea como un imperativo ético.

¹³² LILLO, Rodrigo, LIBEDINSKI, Sofia: "Entrevista al Machi Víctor Caniullán", en *Resolución de Conflictos en el Derecho Mapuche*. Universidad Católica de Temuco, s.d., pp. 264 y ss.

e) Ejemplos concretos de ceremonias en las que se observan rasgos restaurativos

En el caso de haberse cometido un homicidio, *bagümchen*, el infractor es sancionado por el *lof* y se aplica la medida correspondiente según el *az mapu*. "Ante una situación de esta naturaleza, el *Lonko* cita a reunión a todos los miembros del *lof*, para acordar lo que se debe hacer al respecto, incluido el hechor y, en conjunto deciden que hacer con el homicida de acuerdo a las normas del *Az mapu*. En este sentido, en las sanciones muchas veces también se incluyen a las familias, por lo que todos los miembros tienen y deben cumplir lo acordado por una cuestión moral."¹³³ "Una de las sanciones mas frecuente en el *Az mapu*, frente a esta situación, es excluir a las personas, aislarlas de la comunidad. Esto es una sanción grave desde el punto de vista de la cosmovisión mapuche, ya que por una parte, todo el sistema de vida al interior de las comunidades es comunitario y, por otra parte, la familia es tildada como mala familia y es despreciada, poco deseada por el resto de los *lof*, puesto que se tiene un mal antecedente o existe un mal precedente de ellos, y que lo va a arrastrar por generaciones."¹³⁴

Si se trata de un problema de drogadicción o *weza püxemtulu che*, y se producen conductas igualmente atentatorias contra el *az mapu*, "el *Lonko* cita a reunión a todos los miembros de la comunidad para acordar lo que se tiene y debe hacer al respecto y, en conjunto deciden que hacer con la(s) persona(s). En este sentido, en las sanciones se incluyen a las familias, puesto que las familias son las principales encargadas de formar y aconsejar a sus hijos de acuerdo a las características de su *az* y por tanto, ser responsables de los actos de sus hijos, para cuidar y resguardar la imagen de la familia frente al resto. Las sanciones son, hacerle pasar vergüenza ante todos los miembros del *lof*, diciéndole que son una mala familia. Este tipo de sanción es muy dolorosa para cualquier familia, es hacerle sentir humillado, poco persona, etc., y, por tanto, muchas veces deben ser aislada del resto de los miembros de los *lof*. En tal decisión todos los miembros del *lof* tienen y deben cumplir lo acordado por una cuestión moral y de resguardo de seguridad."¹³⁵

En síntesis, es factible identificar una serie de valores restaurativos en la justicia mapuche, entre los cuales destacan: su carácter marcadamente comunitario, la preeminencia del objetivo de resarcir los daños causados a la víctima y su familia, el recurso al diálogo y la persuasión como vía primera para resolver el conflicto, en donde se intenta obtener de parte del

¹³³ QUIDEL, J., *supra* nota 129, pp. 258 y s.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 259.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 260.

agresor o infractor un reconocimiento de su responsabilidad y su arrepentimiento, y sólo como vía extrema, en caso de no funcionar los mecanismos persuasivos y reparatorios, se recurre a la exclusión de la persona y su familia de la comunidad (la cual pareciera tener, en todo caso, una duración limitada en el tiempo)¹³⁶.

Desde la perspectiva de los análisis criminológicos y antropológicos actuales acerca de la resolución de conflictos en culturas indígenas, es posible constatar en la cultura mapuche la importancia de la "vergüenza" como práctica social en los rituales de condena y sanción colectivos por los actos contrarios al *az mapu*. Este elemento conecta con la teoría criminológica de John Braithwaite de "vergüenza reintegradora"¹³⁷ (*supra* II.3). Braithwaite sostiene que la vergüenza y el acto de inducir vergüenza en otros es una práctica cultural universal¹³⁸, aunque admite que la forma cómo se expresa y experimenta la vergüenza y el acto de inducir vergüenza varía de cultura en cultura y que, por ende, sería un elemento culturalmente específico¹³⁹. En el caso de los mapuche pareciera que los rituales de avergonzar al infractor y el sentimiento de vergüenza serían cruciales en sus prácticas de control social y de hacer justicia.

2. Aplicación del Modelo de Justicia Restaurativa en Chile

2.1. Consideraciones políticas preliminares

La primera consideración que surge de este estudio es que no existe en Chile un marco histórico consensuado que permita introducir el debate sobre justicia restaurativa asociada a prácticas de su población indígena o asociada a la necesidad de otorgar reconocimiento a modos restaurativos de solucionar conflictos de modo informal en sectores populares.

¹³⁶ Ver por ejemplo, estudio de casos de resolución de conflictos en el ámbito mapuche en SANCHEZ, J., *supra* nota 39, y DURAN, T., *et. al.*, *supra* nota 39.

¹³⁷ BRAITHWAITE, J., *supra* nota 13. Una de las implicancias del redescubrimiento de la vergüenza en criminología, consiste en que ella se ha incorporado como un mecanismo central en algunos programas restaurativos, tales como algunas conferencias comunitarias en Australia que han incorporado específicamente la teoría de la vergüenza reintegradora de Braithwaite (*vgr.*, el proyecto RISE en Canberra).

¹³⁸ BRAITHWAITE, John: "Conferencing and Plurality. Reply to Blagg", en *British Journal of Criminology*, Vol. 37, N° 4, 1997, pp. 502 y ss.

¹³⁹ Algunos autores refutan que la vergüenza y el acto de avergonzar al otro constituyan una práctica universal, señalando que entre algunos pueblos indígenas, principalmente aquellos que no tienen una organización social y familiar jerarquizada, ello no sería central a su cultura. Ver BLAGG, Harry: "A Just Measure of Shame? Aboriginal Youth and Conferencing in Australia", en *British Journal of Criminology*, Vol. 37, N° 4, 1997, pp. 481-501.

Lo anterior no constituye necesariamente una afirmación del todo pacífica, encontrándose estudios y textos antropológicos que dan cuenta de la existencia de importantes prácticas de justicia restaurativa en la población mapuche así como en sectores poblacionales urbanos y de escasos recursos.

Sin embargo, independiente de los datos y documentos que puedan ser analizados, parece indiscutible que no es posible encontrar hoy prácticas sistemáticas de justicia restaurativa en la población indígena. Las manifestaciones en este sentido han sido más bien aisladas y sólo dan cuenta de exigencias insertas en críticas de carácter más general sobre exclusión y falta de reconocimiento étnico y cultural¹⁴⁰. Probablemente, el tema de la relación entre justicia indígena y justicia "blanca" se inserta más específicamente en los debates acerca del multiculturalismo y el pluralismo legal, dentro de los cuales, en todo caso, la justicia restaurativa puede ser una importante contribución.

En otro orden de ideas, la aproximación ciudadana más general a los problemas de seguridad públicos están fuertemente asociados a ideas de represión, presencia policial y castigo efectivo de tipo tradicional.

Un modo de graficar la distancia, cuestionamiento o falta de convicción sobre otros modos o formas de enfrentar los temas de criminalidad, se refleja en la aplicación de sistemas alternativos de resolución de conflictos que fueron incorporados por la reforma procesal penal. En efecto, la generación de instituciones como la Suspensión Condicional del Procedimiento ha sido entendida por los ciudadanos y policías como un mecanismo de impunidad, o como mecanismos de control poco efectivos que demandan un nivel de recursos humanos y materiales injustificados.

Unido a lo anterior, existe un marco de información provisto por los medios de comunicación, que favorece una mirada represiva y simplista del fenómeno de la seguridad ciudadana. La manifestación más cruda y evidente de dicho fenómeno dice relación con la forma en la que se presenta y releva la criminalidad juvenil en los medios, en circunstancias de que la participación de los jóvenes en el total de delitos es relativamente escasa. Así lo confirma un estudio desarrollado por la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia (2002), el cual tomó como fuentes los anuarios estadísticos del INE sobre aprehensiones policiales entre 1980 y 1989, y las bases de datos de Carabineros para el período 1990-2001. Dentro del ámbito de las aprehensiones de menores de 18 años, se incluyeron las detenciones por casos de protección y de participación pasiva de menores en delitos cometidos por adultos. En lo medular, las

¹⁴⁰ Ver PRADO, Maximiliano: "La Cuestión Indígena y las Exigencias del Reconocimiento", en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, N° 3, 2003.

estadísticas demuestran que el nivel de aprehensiones de menores de 18 años no ha registrado un aumento importante en las últimas dos décadas, representando, en promedio, un 7,3% en relación al total de aprehensiones efectuadas. En cuanto a fluctuaciones de aprehensiones de menores de 18 años en relación al crecimiento poblacional dentro del mismo grupo etáreo, para el período comprendido entre 1980 y 2001, y tomando como punto de partida un índice 100 para el año 1980, las aprehensiones aumentaron en promedio un 23% en relación al aumento poblacional, lo cual no representa un aumento significativo¹⁴¹.

En tercer lugar, se carece aún en la literatura jurídica nacional –y en general en otras ramas de las ciencias sociales– de estudios y análisis que demuestren de manera integral los problemas asociados a la criminalidad, entendida como un fenómeno social que produce externalidades negativas en la sociedad, en la víctima y en el victimario. De hecho existen muy pocos estudios sobre las relaciones entre desarrollo y emplazamiento urbano y criminalidad, entre educación y criminalidad, entre policía y comunidad, en mecanismos alternativos a la cárcel como sanción y sus impactos sobre la resocialización del infractor, etc.

En la actualidad no existen datos sobre el impacto efectivo que han tenido instituciones como el Acuerdo Reparatorio o incluso la Suspensión Condicional del Procedimiento en los niveles de reincidencia de los infractores, o los niveles de satisfacción de las víctimas que han participado en este tipo de salidas alternativas (que bien podrían ser vistas como manifestaciones tempranas de justicia restaurativa).

Finalmente, los mecanismos de justicia restaurativa presentan, según la evidencia comparada, la necesidad de emplear un importante nivel de recursos humanos y materiales en la estructura y organización de las instituciones asociadas a los procedimientos de debate y aplicación de soluciones restaurativas¹⁴². La justicia restaurativa puede generar una mejor utilización del sistema de justicia penal formal, lo cual dependerá ciertamente del momento en que pueda recurrirse a los mecanismos restaurativos y a los efectos que tales medidas tengan en el sistema de justicia penal formal.

¹⁴¹ MINISTERIO DE JUSTICIA, "Aprehensiones de personas menores de 18 años en Chile (1980-2001)", en *Boletín Jurídico*, Año 1, Nº 1, 2002.

¹⁴² No obstante, puede señalarse que los sistemas de justicia restaurativa producen importantes niveles de rentabilidad social asociados a la idea de reintegrar a los infractores a la comunidad, especialmente a jóvenes primerizos. Asimismo, presentan rentabilidad financiera asociada a la menor utilización de la cárcel. Al respecto, los siguientes son los costos anuales totales del uso de la cárcel en comparación con medidas alternativas a la prisión en los Estados Unidos: (a) cárcel estatal: US\$16.000, (b) cárcel local o *jail*: US\$15.000, (c) libertad vigilada: hasta \$1.500 y (d) monitoreo electrónico: hasta US\$6.000 (ROGERS, McCARTHY, *Community*

2.2. Beneficios y problemáticas de los modelos de justicia restaurativa

En general, en los países en que se están aplicando programas de justicia restaurativa existe un consenso bastante amplio sobre sus ventajas y buenos resultados, toda vez que aumentan los niveles de satisfacción de las partes y de la comunidad, en relación con los alcanzados en el sistema formal-tradicional. Algunos de los beneficios identificados en estos programas son:

- a) *Niveles de resocialización* que los programas de justicia restaurativa presentan en los lugares donde se han aplicado¹⁴³. Esta ventaja está relacionada con la menor utilización de la cárcel como modo de sanción, la que ha demostrado tener efectos negativos sobre la resocialización y reintegración de los infractores a la comunidad.

Una forma de entender este fenómeno es observando las cifras de reincidencia de quienes cumplen condenas en la cárcel, el que según datos de Gendarmería, alcanza niveles superiores al 60%¹⁴⁴. Estudios de la propia institución penitenciaria demuestran que las personas que cumplen condena en algún sistema alternativo de los que contempla la ley Nº 18.216 presentan niveles de reincidencia inferiores al 10%.

La ventaja descrita en este apartado se relaciona asimismo con el rol activo que desempeña el propio infractor y que involucra lo siguiente: a) escuchar atentamente los efectos de su acción relatados por la víctima del delito, b) deber de vincularse con su familia o al menos con la persona a cuyo cuidado se encuentra para enfrentar los efectos y consecuencias del delito cometido, lo que supone una forma de acrecentar su responsabilidad frente a los hechos y no únicamente ante la víctima sino también frente a sus familiares y entorno afectivo, c) deber de desarrollar acciones positivas para reparar el daño ocasionado.

Este conjunto de acciones posee un nivel de impacto mayor en la responsabilidad personal del infractor que la sanción impuesta por un tercero en un contexto adversarial y unilateral,

Based Corrections, citados en JUSTE, María Antonia, MERTZ, Catalina, MERY, Rafael: *Medidas Alternativas a la Reclusión: La Experiencia de Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra*. Fundación Paz Ciudadana / Ministerio de Justicia, Santiago, 1998).

¹⁴³ SCHMID, D., *supra* nota 17; LATIMER, J., *et. al.*, *supra* nota 66; SHERMAN, Lawrence, STRANG, Heather, WOODS, Daniel: *Recidivism Patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments (RISE)*. Research School of Social Sciences, Australian National University, 2001.

¹⁴⁴ JUSTE, M. A., *et. al.*, *supra* nota 130.

donde pueden utilizarse mentalmente procesos de auto-justificación por parte del infractor.

- b) Los niveles de satisfacción de las víctimas que han participado en procesos de justicia restaurativa son más altos que en el sistema formal. Las víctimas se sienten más tomadas en consideración al momento de evaluar el daño e impacto ocasionado por los infractores, al tiempo de poder relatar los efectos que los delitos les ha generado.

McCold y Wachtel, en *Restorative Justice Theory Validation* (2000), compararon el nivel de satisfacción de las víctimas en 24 programas de justicia restaurativa (en Canadá, Estados Unidos, Inglaterra y Australia, según fueran “completamente restaurativos” –las Conferencias Comunitarias y las Conferencias del Grupo Familiar– o “parcialmente restaurativos” –la Mediación Víctima-Autor o *Victim-Offender Mediation*), y contrastaron los resultados con lo ocurrido en el sistema tradicional formal:

Porcentaje de Satisfacción de Víctimas

Programas completamente restaurativos		Programas parcialmente restaurativos		Respuesta no restaurativa (tradicional)	
Porcentaje de víctimas satisfechas con justicia restaurativa	89,1%	Porcentaje de víctimas satisfechas con justicia restaurativa	81,6%	Porcentaje de víctimas satisfechas con justicia retributiva	55,8%
Número total de víctimas encuestadas	500	Número total de víctimas encuestadas	613	Número total de víctimas encuestadas	481

Fuente: Mc-COLD, Paul, WACHTEL, Ted: *Restorative Justice Theory Validation*. International Institute for Restorative Practices, Bethlehem, Estados Unidos, 2000.

En definitiva, la justicia restaurativa representa una respuesta más satisfactoria para las víctimas que la respuesta penal tradicional, recogiendo de mejor manera y de un modo más flexible sus necesidades e intereses concretos.

- c) Posibilidades de involucrar a la comunidad. Todos los estudios de seguridad ciudadana recomiendan lograr una amplia y activa participación de la comunidad en la identificación y solución de los principales problemas de inseguridad, ponien-

do el acento tanto en las causas como en las consecuencias de los delitos, de modo que los actores perciban que son tanto parte de las dificultades y obstáculos como de las decisiones adoptadas. Lo anterior permite entender mejor el fenómeno criminal y la estrecha vinculación que existe entre la comisión de delitos y la responsabilidad de la propia comunidad local.

En otras palabras, este sistema colabora en conceptualizar el delito como un problema que demanda acciones conjuntas entre los ciudadanos, la comunidad organizada, el gobierno y la policía, entre otros, en una lógica de coproducción de la seguridad pública. Ello favorece el crecimiento de la confianza por parte de la comunidad en el proceso de hacer justicia. De hecho, es posible constatar cómo el temor al crimen disminuye en aquellas comunidades en que estos modelos están presentes.

- d) Otra ventaja de la aplicación de formas de justicia restaurativa dice relación con el uso de los recursos, pudiendo evidenciarse rentabilidades sociales y eventualmente financieras, por el no uso de la cárcel y por las posibilidades de mayores niveles de reinserción y resocialización.
- e) Finalmente, investigaciones recientes han podido demostrar que muchas veces los procedimientos restaurativos tienen un efecto en la prevención del crimen. En general se ha estimado que se trata de una prevención terciaria, en el sentido de que logra bajar las tasas de reincidencia¹⁴⁵.

No obstante la existencia de todos estos beneficios, también se han formulado una serie de observaciones críticas:

- a) Tratándose de faltas muy leves, el peso que significa un proceso restaurativo, tanto para la víctima como para el infractor, no sería proporcional al daño que se ha causado.
- b) Se extiende el efecto represivo del aparato persecutorio a ilícitos de baja lesividad¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Al respecto LUKE, Garth, LIND, Bronwyn: “Reducing juvenile crime: conferencing vs. court” en *Crime and Justice Bulletin* 69, NSW Bureau of Crime Statistics and Research, 2002, en internet <<http://www.lawlink.nsw.gov.au/bocsar>>, y DALY, Kathleen, HAYES, Hennessey: “Restorative justice and conferencing in Australia”, en *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice*, 186, Australian Institute of Criminology, 2001, en internet <<http://www.aic.gov.au/publications/tandi/tandi186.html>>.

¹⁴⁶ En el ámbito anglosajón se habla del fenómeno de “extensión de la red de control social” (*net widening*), que implica que se persiguen penalmente delitos muy leves que, de no existir estas formas alternativas de resolución de conflictos, habrían quedado impunes.

- c) La flexibilidad de los acuerdos restaurativos atentaría contra el principio de igualdad formal, propio de la justicia penal liberal, conforme al cual frente al mismo delito corresponde el mismo castigo o sanción.
- d) El ambiente privado y confidencial en que se desarrollan los procesos restaurativos, necesarios para que las partes se expliquen en sus emociones y relaten su versión de los hechos, se ha criticado en el caso de infractores adultos debido a que atentaría contra el principio de publicidad y transparencia del proceso penal.
- e) Se ha cuestionado el poco impacto que los modelos restaurativos han tenido en la justicia formal, señalándose que son en realidad meros añadidos o programas paralelos a los sistemas tradicionales, y como tales no han logrado impactar verdaderamente en éstos. Por lo anterior, se ve como poco probable que puedan llegar a constituirse en alternativas reales a lo existente.

2.3. Estrategias de incorporación de modelos de justicia restaurativa en Chile

Atendidas las experiencias comparadas sobre justicia restaurativa y sus múltiples manifestaciones y formas, resulta posible intentar su adaptación, paulatino y/o parcial, en nuestra realidad. Los elementos a considerar para generar un sistema de justicia restaurativa son los siguientes:

Primero, dada la experiencia positiva de la aplicación gradual de la reforma procesal penal en Chile, debe buscarse igualmente la generación de un programa piloto que pueda medir el nivel de éxito de las instituciones de justicia restaurativa en comparación con el sistema tradicional¹⁴⁷, para luego extender su aplicación de forma gradual y territorial, de modo de amortiguar el impacto presupuestario que pudiera significar –y permitir al mismo tiempo introducir correcciones técnicas y administrativas.

¹⁴⁷ Debe buscarse un conjunto de indicadores que permitan medir:

- a) Nivel de reincidencia o reiteración de jóvenes que ingresaron al sistema restaurativo.
- b) Nivel de cumplimiento de los acuerdos por parte de los infractores.
- c) Nivel de asistencia o participación de víctimas en los procesos restaurativos.
- d) Nivel de satisfacción de las víctimas que participaron en formas de justicia restaurativa.
- e) Impacto que la incorporación de mecanismos restaurativos tiene sobre el volumen de causas del sistema de justicia penal formal.
- f) Gastos asociados al funcionamiento del sistema restaurativo versus gastos de una causa en el sistema de justicia formal de tipo adversarial.
- g) Estudio de percepción de las personas que participaron en procedimientos restaurativos.
- h) Nivel de comprensión y aceptación de la población.

Segundo, la introducción de mecanismos de justicia restaurativa, presupone la preparación de personal entrenado en las habilidades que estos modelos requieren como soporte profesional. Asimismo, supone la preparación y concientización de las instituciones públicas que han de interactuar con el nuevo sistema, especialmente fiscales, defensores, jueces y policía. Como sabemos, existen experiencias comparadas que consultan un alto nivel de participación comunitaria, lo que obliga a trabajar con redes más extendidas de operadores y un proceso relevante de capacitación y compromiso social.

Este conjunto de consideraciones implica diseñar un sistema de capacitación y concientización de quienes han de intervenir en las distintas etapas de un proceso de justicia restaurativa, de forma de contar con un núcleo duro de profesionales y técnicos capaces de instalar, manejar, corregir, y animar el proceso de plan piloto.

2.4. Áreas específicas de incorporación de modelos de justicia restaurativa en Chile

a) *Reforma procesal penal*

El movimiento de justicia restaurativa llega a Chile en un momento y condiciones históricas algo diferentes a las que han tenido lugar en el resto del mundo. En efecto, en Chile recién se ha puesto en marcha un proceso de reforma integral al sistema de justicia penal, pasando de un procedimiento escrito, secreto y de carácter inquisitivo, a un proceso oral, público y contradictorio o adversarial. En cambio, los países en donde la justicia restaurativa ha surgido, llevaban ya varias décadas con procedimientos penales de estas últimas características. Con la puesta en marcha de la reforma procesal penal, Chile ha ingresado a los debates y problemáticas modernas sobre la justicia penal, incluyendo los alcances a las experiencias restaurativas, entre otros asuntos.

La reforma procesal penal no consiste solamente en el tránsito de un procedimiento de tipo inquisitivo a otro de naturaleza adversarial, sino que además introduce lógicas de resolución alternativa de conflictos (ADR). Entre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que la reforma incorpora, existe uno en particular que resulta novedoso aún en la literatura comparada: los Acuerdos Reparatorios. Es fundamentalmente sobre la base de los acuerdos reparatorios que debieran desarrollarse lógicas restaurativas en el nuevo sistema procesal penal. La institución de la suspensión condicional del procedimiento también permite aplicar valores o principios de justicia restaurativa, aunque en menor medida que la anterior, a través de posibilitar la reparación de la víctima como condición para poner término anticipado al proceso penal.

En el caso específico de los acuerdos reparatorios, éstos permiten llevar a la práctica los cuatro valores de la justicia restaurativa identificados por Van Ness y Strong: encuentro, reparación, reintegración y participación. Sin embargo, la forma amplia en que el legislador ha tratado a los acuerdos reparatorios –artículo 241 del CPP– no asegura que se produzca un encuentro personal entre víctima e imputado, ya que bien puede llegarse a un acuerdo reparatorio mediante un proceso de negociación entre el fiscal y el abogado defensor (si bien se requiere del consentimiento último de las partes para dar lugar al acuerdo), sin que tenga que ocurrir un encuentro personal entre las partes directamente afectadas.

Resulta conveniente desde una lógica restaurativa explorar y fomentar la creación de instancias que permitan una participación activa de la víctima y del imputado en los acuerdos reparatorios, así como también que posibiliten el encuentro personal entre las partes en presencia de todos los componentes de ‘narrativa’, ‘emociones’ y ‘entendimiento’¹⁴⁸ (salvo que el encuentro no fuese deseado por alguna de las partes o que fuese considerado inadecuado por parte del profesional a cargo de organizar el proceso restaurativo).

Con los datos obtenidos podría sugerirse la utilización de tales acuerdos como una plataforma a partir de la cual –y a modo de plan piloto– organizar sistemas de justicia restaurativa propiamente tal. La participación de víctimas e imputados en casos de salidas alternativas puede profundizarse a través de procesos restaurativos, en la medida que se observen altos niveles de satisfacción y de efectividad en el cumplimiento de los acuerdos adoptados.

Los requerimientos para avanzar en esa dirección son sumamente simples de poner en práctica:

- a) Agregar más personas a las reuniones que hoy tienen lugar, *vgr.*, miembros de la familia o entorno afectivo del ofensor y de la víctima, un profesional conductor del debate sobre acuerdo reparatorio, y representantes de la comunidad.
- b) Organizar el tipo de debate que dicha reunión podrá sostener y las prerrogativas que cada uno posee en el marco de tal debate. Por ejemplo, en algunos modelos restaurativos el facilitador fija y regula la observancia de un ámbito reducido de normas, las que son esenciales para que un diálogo respetuoso y colaborativo pueda tener lugar, tales como preservar el respeto mutuo, hacer uso de la palabra mediante turnos, etc., dejando a las partes la libertad para discutir los aspectos del conflicto que estimen más relevantes. Esta idea tiene la ventaja de

empoderar a las partes y evitar una excesiva formalización y profesionalización de los procesos restaurativos. En tanto, en otros modelos, el debate se encuentra mucho más regulado, y el facilitador o coordinador sigue una especie de *script* (libreto) en la conducción del mismo, fijando a las partes el ritmo, forma y contenido del debate. Lo que estamos sugiriendo acarrea el beneficio de orientar el debate hacia resultados específicos, ahorrar tiempo en la discusión, y coadyuvar a las partes que se podrían sentir intimidadas en el encuentro cara a cara.

- c) Regular el sistema de cumplimiento de los acuerdos alcanzados en tal sesión.
- d) Establecer con más claridad el nivel de compromiso que la comunidad local podría tener respecto a este tipo de acuerdos.
- e) Reflexionar acerca del tipo de delito, características del infractor y de la víctima que hagan procedentes estos acuerdos, dentro del marco legal actual y teniendo en consideración los estudios y experiencias comparadas.

Finalmente, surge la pregunta acerca de cómo fomentar el uso de los acuerdos reparatorios con una lógica restaurativa por parte de las instituciones involucradas en implementarlos. En primer término, el artículo 6° del Código Procesal Penal establece el deber de los fiscales de propiciar los acuerdos patrimoniales entre víctima e imputado. La norma citada podría constituirse en un principio rector tendiente a estimular la realización de procesos de justicia restaurativa desde la propia fiscalía, mediante la derivación de causas criminales a programas restaurativos, en los casos en que la ley lo permite (artículo 241), y en forma preferente a otro tipo de soluciones de carácter punitivo o retributivo.

Segundo, el Instructivo General N° 34 del Fiscal Nacional fija criterios de actuación de los fiscales en relación a los acuerdos reparatorios. En ellos se establecen básicamente tres modelos de reparación que la fiscalía puede implementar en caso de optar por esta salida alternativa al proceso penal:

- 1) Desarrollar un proceso de mediación o de conciliación en la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos de la fiscalía,
- 2) Derivar el caso a un servicio o programa de mediación externo a la fiscalía (el Instructivo prohíbe a los fiscales actuar como mediadores, ya que no son considerados una parte neutral en el proceso), y
- 3) Desarrollar un proceso de negociación entre el fiscal, el abogado defensor, y el imputado. Esta última opción sólo es adoptada

¹⁴⁸ VAN NESS, D., STRONG, H., *supra* nota 9, pp. 76-78.

cuando la víctima no cuenta con abogado que la represente en el procedimiento penal y, en cualquier caso, el fiscal siempre debe tomar en cuenta la voluntad e intereses de la víctima.

Como se puede apreciar, de las tres alternativas reseñadas, las dos primeras son las que más se aproximan a la justicia restaurativa, ya que permiten incorporar todos los valores que la caracterizan, en particular, el valor de "encuentro" personal entre las partes. Sin embargo, respecto de ellas se plantea la pregunta acerca de cuál debiera preferirse desde una perspectiva político-criminal que maximalice la implementación de la justicia restaurativa: (1) establecer procesos restaurativos al interior de la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos, o bien (2) derivar las causas hacia centros externos.

Siguiendo la experiencia comparada, Francia proporciona un buen modelo a seguir ya que ha incorporado extensivamente la justicia restaurativa para el caso de infractores adultos, y la fiscalía es el organismo encargado de la derivación de las causas, tal como en el caso chileno. En Francia se habla propiamente de *médiation pénale* para referirse a programas de justicia restaurativa, adoptando dos modalidades: (1) la "mediación delegada", y (2) la "mediación retenida". En la primera, la fiscalía deriva el caso hacia centros de mediación administrados por grupos paralegales, tales como los grupos de apoyo a las víctimas o asociaciones de libertad vigilada. En la segunda, el proceso de mediación es conducido por un fiscal o un juez en sede de tribunales, o bien, en estructuras descentralizadas del Poder Judicial conocidas como *Maisons de Justice et du Droit* (Casas de la Justicia)¹⁴⁹. Se ha sostenido que en la modalidad de mediación penal retenida es el fiscal quien en el fondo retiene el poder sobre el proceso restaurativo y sobre la resolución del conflicto¹⁵⁰, en tanto que en la modalidad de mediación delegada, si bien ese poder subsiste por medio del control que mantiene el fiscal sobre el proceso, al ser quien decide sobre la derivación de causas y el financiamiento de la mediación, existe un espacio mayor de autonomía para que los centros de mediación desarrollen el espíritu de la justicia restaurativa en su forma más original y/o de acuerdo a la filosofía restaurativa adoptada. En la modalidad de mediación retenida es más probable que el programa se guíe por las demandas propias de un servicio público como la fiscalía, que obedece

¹⁴⁹ BONAFÉ-SCHMIDT, Jean Pierre: "Penal and Community Mediation: The Case of France" en MESSMER, H., OTTO, H.-U. (eds.): *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation. International Research Perspectives*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, pp. 179-195.

¹⁵⁰ *Ibidem*; CRAWFORD, Adam: "Justice de proximité—The Growth of 'Houses of Justice' and Victim/Offender Mediation in France: A Very Un-French Legal Response?", en *Social and Legal Studies*, Vol. 9, N° 1, pp. 29-53.

a imperativos de costo-eficiencia. Ello puede implicar que se prioricen las causas de menor gravedad con el fin de descongestionar el sistema y destinar mayor tiempo y recursos a la persecución de delitos más graves, procurando la resolución de las causas que ingresen a los programas restaurativos en un tiempo breve que permita la rápida disposición de las mismas (sin considerar necesariamente los tiempos que requieren los procesos restaurativos para concretarse).

Siguiendo la experiencia francesa, podemos señalar que el desarrollo de un modelo de justicia restaurativa que consista en la derivación de causas por parte del fiscal hacia centros o programas externos, administrados por grupos de la sociedad civil y/o grupos paralegales, permitiría un campo más amplio para experimentar con distintos modelos de justicia restaurativa, así como explorar los beneficios de la misma para la justicia penal de adultos, y en definitiva, luego de un proceso de evaluación de sus resultados pilotos, optar por el o los modelos que mejor se ajusten a la realidad chilena.

b) Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal

La *Convención Internacional de los Derechos del Niño*, en su artículo 40, hace especial hincapié en la necesidad de sacar a los menores de edad de los procesos formales de la justicia penal; además, en su artículo 37 promueve el uso de alternativas a la privación de libertad; y en su artículo 12 establece el principio de participación del menor en los procesos judiciales que los afecten. Estas y otras razones hacen que la justicia restaurativa esté ocupando un lugar destacado como opción de justicia penal juvenil. Tanto es así que en la mayoría de los países los programas restaurativos trabajan principalmente con infractores menores de edad.

En el caso de los menores de edad, uno de los programas restaurativos más utilizados es la conferencia familiar. La conferencia familiar surge como un modelo comparado interesante de aplicar en Chile, ya que permite incluir a las familias y/o entorno afectivo del joven infractor y de la víctima en el proceso. Para el joven infractor, la familia y su entorno afectivo juegan un importante rol en cuanto a servirle de apoyo tanto durante la conferencia como en la fase de cumplimiento de los acuerdos. La presencia de la familia y comunidad más próxima durante la conferencia puede ser particularmente relevante para informar a la conferencia si los acuerdos que se pretenden alcanzar son o no realistas de ejecutar para el joven. Esto es muy importante ya que la conferencia no debe transformarse en una instancia que motive al joven a reparar el daño mediante la realización de actividades demasiado irrealistas o desproporcionadas a la capacidad del joven, y que por tanto no podrá cumplir, con las consecuentes sensaciones de fracaso y frustración. La presencia de la familia del joven

infractor también se ha considerado útil para efectos de equilibrar las posibles diferencias de poder que existan entre éste y la víctima. Finalmente, desde el punto de vista de la víctima, la presencia de su familia o grupo de apoyo puede ser relevante por dos razones: (a) para equilibrar las diferencias de poder existentes con el joven infractor (piénsese, *vgr.*, en los casos en que ambos son menores de edad y en que la víctima ha sido objeto de abuso por parte del infractor en el barrio, colegio, etc.), y (b) para incentivar la participación de las víctimas en el proceso. En cuanto a esto último, los bajos niveles de participación de las víctimas constituyen un problema frecuente de los programas de justicia restaurativa, incluso de los mejor evaluados; por ello es relevante incorporar mecanismos que aseguren la participación de las víctimas, más aún considerando que las investigaciones existentes a la fecha sugieren que la presencia de la víctima en el proceso restaurativo es clave para lograr un impacto positivo en el joven infractor y en la percepción de seguridad de la comunidad.

El proyecto de ley de responsabilidad juvenil por infracciones a la ley penal (presentado al Congreso Nacional mediante Mensaje Presidencial, agosto de 2002), ofrece interesantes posibilidades para introducir la justicia restaurativa en esta materia. En efecto, se aspira a establecer una serie de principios básicos para la justicia juvenil que pueden servir de base para la incorporación de programas de justicia restaurativa, e incluso para articular una política global de justicia restaurativa. Entre estos principios destacan: (1) el de responsabilización del joven infractor por sus actos delictivos, (2) la participación activa de la víctima y la consideración de sus intereses, (3) la prevención de la delincuencia juvenil, y (4) el uso de la privación de libertad como medida de *extrema ratio* o de último recurso.

En términos de oportunidades procesales para la incorporación de programas y prácticas restaurativas, el proyecto de ley establece de manera amplia el principio de oportunidad en la persecución penal, incorpora la institución de los Acuerdos Reparatorios, y otorga al juez facultades amplias (y en algunos casos de manera obligatoria) para imponer sanciones alternativas a la privación de libertad en su sentencia condenatoria.

Sin embargo, la discusión actual del proyecto de ley en el Congreso abarca una serie de temáticas que no están exentas de conflictos, de modo que introducir en estos momentos el debate sobre justicia restaurativa para adolescentes infractores en Chile, no sería conveniente. Su planteamiento debiera dejarse para una fase posterior, e ir acompañado de una labor de información y generación de consensos entre los actores del nuevo sistema, en cuanto a incorporar mecanismos restaurativos (los cuales podrán ser perfectamente incorporados en el marco legal actual).

c) *Violencia intrafamiliar*

Hablar de justicia restaurativa en los procesos de familia conlleva hacerse cargo de una serie de aclaraciones conceptuales. El uso de instancias restaurativas no puede ser proyectado en la conveniencia de mantener el núcleo familiar unido, ni siquiera como el restablecimiento de la relación de pareja, sino que más bien lo que se intenta es explorar las opciones que existen para que personas con vínculo de parentesco puedan relacionarse en seguridad y respeto mutuo.

En la academia se observa un debate interesante sobre cuán apropiada es la utilización de modelos restaurativos en los conflictos de familia, y en particular en los casos de violencia intrafamiliar, ya que se suele afirmar que este tipo de violencia es cíclica y recurrente, profundamente arraigada en el comportamiento, e incluso en la cultura y valores del agresor¹⁵¹.

Quienes proponen su utilización para resolver conflictos intrafamiliares ofrecen argumentos de variada especie, entre los que destacan los siguientes:

- a) El reproche de la comunidad, en especial de la propia familia y amigos, actúa de manera más disuasiva en el agresor que la censura que le pueda determinar el organismo estatal,
- b) Los amigos y la familia toman mayor conciencia de lo que ocurre y de esta manera se incentiva el apoyo en la prevención de agresiones futuras, y se fomenta la seguridad futura de la víctima,
- c) Se otorga mayor poder a la víctima, en el sentido que tiene otras opciones disponibles para enfrentar las agresiones, y luego, en el proceso restaurativo, alcanzar un mayor control sobre lo que sucede y que su visión y sentimientos sean comprendidos,
- d) En general se ha considerado que el sistema de justicia formal no ha sido capaz de otorgar una respuesta satisfactoria al problema de la violencia intrafamiliar, en especial si se busca verdaderamente responsable al agresor y mantener la seguridad de las víctimas que se atreven a formular las denuncias ante la autoridad pública, y
- e) Muchas veces los conflictos familiares involucran a varios miembros de la familia, quienes no pueden ser artificialmente separados en bandos, ya que la mayoría de las veces se produce una interconexión importante, la cual, por los propios límites de la justicia formal, es imposible o compleja de resolver. Tratándose de modelos restaurativos, es de la esencia de éstos el reconocimiento de una interdependencia de los individuos y de

¹⁵¹ Ver "Draft Principles of Best Practice for Restorative Justice Processes in the Criminal Court", Ministry of Justice, Wellington, Nueva Zelandia, 2003.

sus relaciones, por lo que se puede hacer cargo de esta limitación de una manera más adecuada.

También han habido voces discrepantes con los promotores de la aceptación y aplicación de mecanismos restaurativos en los asuntos que competen a la familia, y en particular cuando se trata de violencia intrafamiliar. Los disidentes destacan que:

- a) La justicia formal es la única que puede reaccionar adecuadamente a agresiones que son tan serias y recurrentes,
- b) El uso de programas restaurativos en estos casos puede ser visto como un intento de trivializar el problema y de mantenerlo dentro de una esfera privada,
- c) El modelo restaurativo no es capaz de garantizar la seguridad personal de la víctima, antes, durante y después del proceso,
- d) En general en este tipo de problemas se da un nivel de desequilibrio de poderes tan grande que la víctima no es capaz de otorgar un consentimiento verdaderamente libre para participar en el proceso,
- e) Puede darse también un cierto nivel de tolerancia a la violencia por parte de quienes están apoyando a la víctima o al agresor, o incluso algunos pueden llegar a sentirse intimidados con el agresor,
- f) Siempre va a existir la posibilidad de re-victimización.

En general existe un cierto consenso que la justicia restaurativa puede ser utilizada en temas de violencia intrafamiliar pero extremando las precauciones. Entre otros aspectos a los cuales habría de prestar mayor atención, en los procesos debieran participar profesionales expertos en el tema, con conocimientos acabados de las dinámicas de poder y control que se dan en los conflictos domésticos; además se debe poner especial énfasis en la seguridad tanto física como emocional de la víctima (no en vano se ha sugerido que en estos casos es mejor que no exista un encuentro personal entre agresor y víctima).

Se debe tener presente que la evidencia empírica actualmente existente en la materia es muy reducida y que por ello es recomendable mirar con cautela la experimentación e investigación de modelos de justicia restaurativa en estos casos. Atendidos los antecedentes comparados y el bajo nivel de consenso aún en los circuitos de justicia restaurativa¹⁵², la prudencia aconseja eliminar la opción de aplicar estos instrumentos para la hipótesis de violencia intrafamiliar, al menos en una primera etapa.

¹⁵² Las principales quejas a la justicia restaurativa en casos de violencia doméstica provienen de las corrientes críticas y feministas del derecho. Una postura favorable al uso de la justicia

VI. CONCLUSIONES

Los principales resultados de esta investigación permiten ser agrupados en (1) aspectos conceptuales, (2) alcances descriptivo-comparativos, y (3) recomendaciones de política pública.

1. Justicia restaurativa: aclaración conceptual

Dícese que para conocer y comprender a cabalidad un fenómeno —cualquiera— es necesario contemplarlo en su forma más pura y desarrollada¹⁵³. Dotar de significado (o parte de significación) a la expresión “justicia restaurativa” (*definiendum*) exige hacerse cargo tanto de su vaguedad como de su ambigüedad¹⁵⁴. Ambas dificultades se aprecian en el actual debate terminológico; en parte debido a la multiplicidad de programas que pueden ser encasillados dentro de lo que se entiende por justicia restaurativa, pero también con motivo de la emergente investigación suscitada para alcanzar un cierto consenso teórico básico.

Después de haber efectuado un seguimiento al debate sobre la definición adecuada, se ha preferido aprovechar la noción operatoria sugerida por Bazemore y Walgrave, para quienes la justicia restaurativa es “toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito”¹⁵⁵, pues permite prestar atención a los procesos y a los resultados, sin descuidar que el centro de gravedad se encuentra en la reparación del daño, alcanzada gracias al compromiso y a la cooperación de todas las partes involucradas. Pero, al mismo tiempo, pareciera indispensable complementar lo anterior dotando de mayor sustancia al *definiens*, indicando que cuatro valores

restaurativa para estos casos ha sido formulada por Braithwaite y Daly, quienes proponen un modelo de intervención de carácter marcadamente comunitario (BRAITHWAITE, John, DALY, Kathleen: “Masculinities, Violence and Communitarian Control”, en NEWBURN, T., STANKO, E. (eds.): *Just Boys Doing Business?: Men, Masculinities and Crime*. Routledge, Londres, 1994, pp. 189-213). Otros estudios favorables pertenecen a DALY, Kathleen, CURTIS-FAWLEY, Sarah, BOUHOURS, Brigitte: *Sexual offence cases finalised in court, by conference, and by formal caution in South Australia for Young Offenders, 1995-2001. Final Report*. School of Criminology and Criminal Justice, Griffith University, Australia, 2003. en internet <<http://www.gu.edu.au/school/ccj/kdaly.html>>; SHERMAN, Lawrence: “Domestic violence and defiance theory: Understanding why arrest can backfire”, en CHAPPELL, D., EGGER, S. (eds.): *Australian violence: contemporary perspectives II*. Australian Institute of Criminology, Canberra, 1995, pp. 207-220.

¹⁵³ Cfr. BODENHEIMER, Edgar: *Teoría del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 39.

¹⁵⁴ Sobre las dificultades de lograr una adecuada precisión terminológica de los fenómenos que observamos, véase ATIENZA, Manuel: *Introducción al Derecho*. Fontanamara, Buenos Aires, 1998, pp. 9 y ss.

¹⁵⁵ BAZEMORE, G., WALGRAVE, L., *supra* nota 8, p. 48.

han de estar siempre presentes en un proceso puramente restaurativo: (1) encuentro personal y directo entre víctimas, autores y/u otras personas que puedan servir de apoyo a las partes; (2) importancia de reparar el daño causado y de satisfacer los intereses legítimos de la víctima y/o comunidad perjudicada; (3) énfasis en la participación de las personas involucradas, tanto en la discusión como en el seguimiento de los acuerdos; y (4) reintegración de las personas en la comunidad¹⁵⁶.

Desde el punto de vista de sus orígenes inmediatos, cabe destacar que la justicia restaurativa aparece –primero en el contexto anglosajón, y luego en otras culturas jurídicas– con ocasión de las críticas al sistema formal de justicia retributiva, que cuestionaron la legitimidad y efectividad de la persecución penal, así como también de los diversos movimientos sociales y perspectivas teóricas que encarnaron dichas miradas críticas. Aunque también debe considerarse que rasgos o expresiones restauradoras ya se podían constatar en las milenarias culturas orientales, en la mayor parte de la historia de Occidente, y en los modelos de justicia tradicional indígena.

2. Descripción de experiencias restaurativas

Junto con exponer los diferentes formatos de justicia restaurativa que han obtenido reconocimiento oficial por parte de países como Australia, Canadá, Inglaterra y Nueva Zelandia, se ha escarbado en nuestra propia historia en búsqueda de fenómenos restaurativos que pudieran alimentar el incipiente debate que ocurre en la doctrina nacional sobre el tema.

La principal constatación parte por asumir la amplitud de planes, programas y políticas que se han aprobado en otras jurisdicciones, aunque se intenta identificar las características fundamentales de los más significativos y ejemplificadores. Así, el carácter inclusivo de las “conferencias familiares” y las “conferencias para adultos” es uno de los aportes concretos que se pueden aprovechar de la experiencia neo zelandesa. También es interesante destacar de esta experiencia el proceso político que llevó a establecer las conferencias, el cual involucró la participación activa de los pueblos indígenas de Nueva Zelandia –en particular de los maoríes. Australia, en sintonía con Nueva Zelandia, ha desarrollado “conferencias comunitarias” (un tanto más rígidas, aunque con buenos resultados para el caso de ilícitos cometidos por adolescentes), y “conferencias familiares para infractores adultos”. De esta experiencia también es interesante destacar el rol central que ha ocupado la teoría de la “vergüenza reintegradora” de John Braithwaite en la configuración de las conferencias. La situación en Canadá se condice con altos niveles de

legitimidad social, monitoreo y evaluación permanente, y reconocimiento de la diversidad cultural al momento de resolver las controversias. Las “mediaciones víctima-ofensor”, las “conferencias grupales familiares”, y los “círculos comunitarios” motivan a tener en cuenta la experiencia canadiense. Al explorar prácticas alternativas dirigidas a los adolescentes que infringen la ley, los pilotos de “paneles juveniles” en Inglaterra y Gales se han ido constituyendo en foros alternativos y participativos, con enormes ventajas en la prevención temprana y situacional de la delincuencia. Además, constituyen un ejemplo de posicionamiento de la filosofía de justicia restaurativa en el centro del sistema de justicia juvenil estatal.

Finalmente, la comunidad internacional no es ajena a los fenómenos y debates iniciados hace treinta años sobre la justicia restaurativa. La importancia creciente que ha tenido el debate restaurativo se manifiesta en instrumentos de derecho internacional, siendo el principal la *Resolución de Naciones Unidas sobre los Principios Básicos en el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Criminal* (2000), que no sólo es un reconocimiento de la conveniencia que varios países asignan a la implementación de procesos restaurativos sino que, además, significa un avance concreto en la senda de fijar estándares de calidad que han de ser observados en la administración de justicia por parte de los estados firmantes y en la correcta aplicación de programas de justicia restaurativa.

3. Propuestas de política pública

Termina el estudio con una serie de propuestas específicas para incorporar en nuestra cultura jurídica –y de manera oficial– las ventajas de aprovechar los valores, principios y programas de justicia restaurativa. Dichas propuestas toman en consideración las experiencias y valores de justicia restaurativa que es posible encontrar en la sociedad chilena.

De la constatación de las experiencias de justicia restaurativa surgidas de manera informal en diversas poblaciones de Santiago durante los años 60 y 70; de las tendencias recientes sobre Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) impulsadas de manera más sistemática por el Estado, organismos internacionales y la sociedad civil; y, finalmente, de los valores claramente restaurativos que se encuentran presentes en la forma de hacer justicia y la cosmovisión del pueblo mapuche, es posible concluir que existen y han habido expresiones y prácticas de justicia restaurativa en Chile en distintos ámbitos y bajo modalidades diversas, aún cuando éstas han sido marginales en comparación con la justicia retributiva.

La consideración conjunta de las experiencias de justicia restaurativa locales, la tendencia de la comunidad internacional hacia el establecimiento de formas de justicia restaurativa, los múltiples beneficios que ella

¹⁵⁶ VAN NESS, D., STRONG, K. H., *supra* nota 9.

promete en el ámbito de la justicia penal, y los efectos sociales y económicos negativos que la justicia penal formal conllevan, motivan a considerar seriamente a la justicia restaurativa como una alternativa al sistema de justicia actual, si bien de una manera tal que se logre una coexistencia entre ambos sistemas.

Se propone la inclusión gradual de modelos restaurativos (en las proposiciones de política pública, *supra* V), en particular en aquellas áreas en las que existen condiciones institucionales y legales adecuadas, así como también estudios y evaluaciones positivas en los sistemas jurídicos comparados. En primer lugar, se propone ampliar y profundizar los aspectos restaurativos que ya se encuentran presentes en el proceso penal de adultos, a través del aprovechamiento de los acuerdos reparatorios (incorporando modelos de justicia restaurativa que involucren una mayor participación de las partes). Segundo, se alienta la incorporación de la justicia restaurativa en la justicia juvenil, fomentando especialmente la introducción de proyectos pilotos que adopten el modelo de las conferencias del grupo familiar y/o conferencias comunitarias. Finalmente, se advierte la conveniencia de una política más cautelosa respecto de la aplicación de la justicia restaurativa para casos de violencia intrafamiliar, debido al menor grado de consenso que existiría sobre esta materia a nivel comparado¹⁵⁷.

Este estudio ha pretendido ser una invitación para continuar los avances en el acceso a la justicia en Chile. Si lo ventilado en esta ocasión contribuye a solidificar los principios éticos y los valores que están detrás de la administración y modernización de justicia, cuánto mejor.

¹⁵⁷ Ello no impide, sin embargo, desarrollar investigación en esta área y, eventualmente, introducir proyectos pilotos con el fin de evaluar sus resultados. En todo caso, y debido a la problemática de género involucrada en la materia, es aconsejable que cualquier política pública que se desarrolle al respecto contemple la participación de los grupos sociales relevantes, en particular, de los grupos feministas y de apoyo a las mujeres víctimas de violencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

ANWARULLAH, Prof.: *The Criminal Law of Islam*. A.S. Noorden, Kuala Lumpur, 1997.

BALA, Nicholas: "Diversion, Conferencing, and Extrajudicial Measures for Adolescent Offenders" en *Alberta Law Review*, N° 40, 2003, pp. 991 y ss.

BALA, Nicholas, ROBERTS, Julian V.: "Understanding Sentencing under the Youth Criminal Justice Act", en *Alberta Law Review*, N° 41, 2003, pp. 395 y ss.

BAZEMORE, Gordon, WALGRAVE, Lode: *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*. Criminal Justice Press, Monsey, 1999.

BRAITHWAITE, John: *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

BRAITHWAITE, John: "Restorative justice", en TONRY, M. (ed.): *The Handbook of Crime and Punishment*. Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 323-344.

BRAITHWAITE, John: *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford University Press, 2003.

BONAFÉ-SCHMIDT, Jean Pierre: "Penal and Community Mediation: The Case of France", en MESSMER, H., OTTO, H-U. (eds.): *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation-International Research Perspectives*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, pp. 179-195.

CORRECTIONS SERVICES - CANADÁ: "Inventory of Canadian Events and Initiatives Related to Restorative Justice", Ottawa, septiembre 1998.

CUELLAR, Óscar, CHEETHAM, Rosemond, QUEVEDO, Santiago, ROJAS, Jaime, CUNEEN, Chris: "Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control", en *Australia and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 30, N° 3, 1997, pp. 292-311.

CRAWFORD, Adam, NEWBURN, Tim: *Youth Offending and Restorative Justice: Implementing Reform in Youth Justice*. Willan Publishing, Devon, 2003.

CHATTERJEE, Jharma: *A Report on the Evaluation of RCMP Restorative Justice Initiatives: Community Justice Forum as Seen by Participants*. RCMP Community, Contract and Aboriginal Policing Services, Ottawa, 999.

CHRISTIE, Nils: "Conflicts as Property", en *The British Journal of Criminology*, Vol. 17, N°1, 1977, pp. 1-14.

DALY, Kathleen: "Restorative Justice: the Real Story", en *Punishment and Society*, Vol. 4, N°1, pp. 55-79.

DEPARTMENT OF JUSTICE - CANADÁ: "Restorative Justice in Canada. A Consultation Paper", mayo 2000, en internet <<http://canada.justice.gc.ca/en/ps/voc/rjpag.html>>.

GOEL, Rashmi: "No Woman at the Center: The Use of the Canadian Sentencing Circle in Domestic Violence Cases" en *Wisconsin Women's Law Journal*, University of Wisconsin, Vol. 15, 2000, pp. 293-334.

LAPRAIRE, Carol: "Developments in Criminal Law and Criminal Justice: Conferencing in Aboriginal Communities in Canada—Finding Middle Ground in Criminal Justice?", en *Criminal Law Forum*, 1995, Rutgers University School of Law.

LATIMER, Jeff, DOWDEN, Craig, MUISE, Danielle: "The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis", Research and Statistics Division Methodological Series, 2001, en internet <<http://www.canada.justice.gc.ca/en/ps/rs/rep/meta-e.pdf>>.

LLEWELLYN, Jennifer, HOWSE, Robert: *Restorative Justice, a Conceptual Framework*. Law Commission of Canada, Ottawa, 2003.

MARSHALL, Tony: *Restorative Justice. An Overview*. Home Office, 1999.

MASTERS, Guy: "Family Group Conferencing: A Victim Perspective", en WILLIAMS, B. (ed.): *Reparation and Victim-focused Social Work*. Jessica Kingsley, Londres, 2002.

MATTHEWS, Roger: "Reassessing Informal Justice", en Matthews, R. (ed): *Informal Justice?*. Sage Publications, Londres, 1988, pp. 1-24.

MAXWELL, Gabrielle, MORRIS, Allison: "Research on Family Group Conferences with Young Offenders in New Zealand", en HUDSON, J., MORRIS, A., MAXWELL, G., GALAWAY, B. (eds.): *Family Group Conferences: Perspectives on Policy and Practice*. Annandale, Federation Press, 1996, pp. 88-110.

NEWBURN, T., CRAWFORD, A., EARLE, R., GOLDIE, S., HALE, C., HALLAN, A., MASTERS, G., NETTEN, A., SAUNDERS, R.,

SHARPE, K, UGLOW, S.: "The Introduction of Referral Orders into the Youth Justice System—Final Report", Home Office Research Study 242, 2002, en internet <<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/index.html>>.

PEACHEY, Dean E.: "The Kitchener Experiment", en Wright, M., Galaway, B. (eds.): *Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community*. Sage Publications, Londres, 1989, pp. 14-26.

QUIDEL, Javier: "Reflexiones sobre el Ordenamiento y Autorregulación o Sistema Jurídico Mapuche", en *Resolución de Conflictos en el Derecho Mapuche*. Universidad Católica de Temuco, s.d.

SCHMID, Donald: *Restorative Justice in New Zealand: A Model for U.S. Criminal Justice*. 2001, en internet <<http://www.fullbright.org.nz/voices/axford/docs/schmidd.pdf>>

SPENCE, Jack: "Institutionalizing Neighborhood Courts: Two Chilean Experiences", en *Law and Society Review*, Vol. 13, 1978, pp. 139-182.

VANDERSCHUEREN, Franz: "Experiencias de justicia popular en poblaciones", en *Cuadernos de la Realidad Nacional*, PUC, N° 8, junio 1971, pp. 153-172.

VAN NESS, Daniel, STRONG, Karen Heetderks: *Restoring Justice*. Anderson Publishing, Cincinnati, 1997.

WALGRAVE, Lode: "Extending the Victim Perspective Towards a Systemic Restorative Justice Alternative", en CRAWFORD, A., GOODEY, J. (eds.): *Integrating a Victim Perspective Within Criminal justice: International Debates*. Ashgate, Aldershot, 2000, pp. 253-283.

ZEDNER, Lucia: "Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?", en *Modern Law Review*, Vol. 57, 1994, pp. 228-250.

ZEHR, HOWARD: *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, Pennsylvania, 1990.