



■ sección especial

SCV Societat Catalana
de Victimologia

SOCIETAT BASCA DE VICTIMOLOGIA
EUSKAL BERTSULOLOGIA SAHETASIA

HUYGENS
EDITORIAL

REVISTA DE VICTIMOLOGÍA | JOURNAL OF VICTIMOLOGY
Online ISSN 2385-779X
www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com
N. 8/2018 | P. 125-184

Sección especial: La Recomendación (2018) 8 del Consejo de Europa sobre justicia restaurativa en asuntos penales. El caso de Francia, Italia, Alemania, Suiza y España

Special Section: The Recommendation (2018) 8 of the Council of Europe in restorative justice in criminal matters. The case of France, Italy, Germany, Switzerland and Spain

with contributions by R. Cario, G. Mannozi, O. Hagemann, C. Campistol, J. M. Tamarit & G. Varona

Introducción

Gema Varona y Josep M. Tamarit

La aprobación de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre justicia restaurativa en asuntos penales, adoptada el 3 de octubre de 2018, representa una oportunidad para examinar la situación de la justicia restaurativa en los diversos Estados europeos y para dar un impulso a programas y actuaciones de las instituciones basados en esta concepción de la justicia de acuerdo con criterios y objetivos comunes. Por este motivo hemos querido dedicar una Sección especial de la Revista de Victimología a esta cuestión, centrada en una revisión del estado de la cuestión en cinco Estados europeos y el impacto que la Recomendación puede tener en ellos.

Como fundamento de esta nueva norma, en su Preámbulo se menciona el “creciente interés” y “desarrollo”, así como los “beneficios potenciales” de la justicia restaurativa en relación con los sistemas penales de los países miembros. En dicho Preámbulo se define la justicia restaurativa como un proceso “flexible, adaptado, participativo y resolutivo de problemas”, mediante la colaboración en la identificación y respuesta a los intereses en juego, de carácter complementario o alternativo al proceso penal. Entre esos intereses se encuentra el de la reparación a las víctimas, siempre entendida de una forma que desborda lo que la justicia penal clásica, y la responsabilidad civil que puede darse en ella, pueden



ofrecer. Resulta también importante el énfasis de la Recomendación en el beneficio del desistimiento de conductas delictivas por parte de las personas que han cometido un delito. En este sentido, el concepto criminológico de desistimiento es mucho más amplio y dinámico que el de no reincidencia. Cada vez más investigaciones, particularmente de corte cualitativo, intentan identificar y entender los elementos que potencian el cambio hacia conductas prosociales. Dentro de estos elementos se encuentran los procesos de vinculación y responsabilización.

Por otra parte, en la Recomendación se potencia el desarrollo de perspectivas “innovadoras”, también “fuera del proceso penal”. Se prefiere el nombre de “facilitador”, frente a “mediador”, cuando se hace referencia a ese tercero imparcial y específicamente formado que interviene en los programas de justicia restaurativa. Ese facilitador debe fomentar la comunicación entre aquellas personas dañadas y aquellas que deben responsabilizarse de dicho daño, siquiera parcialmente, así como con miembros de la comunidad que participen en este proceso de “diálogo”. Además, se maneja una concepción amplia de justicia restaurativa mediante la aplicación de sus principios a otras prácticas como los círculos de apoyo y responsabilidad o los tribunales de resolución de problemas, o a sistemas de resolución de conflictos entre trabajadores del sistema penal o entre trabajadores y ciudadanos, así como en esquemas preventivos.

Entre los principios fundamentales clásicos de la justicia restaurativa se mencionan expresamente la voluntariedad, la participación inclusiva, el diálogo deliberativo y respetuoso, la preocupación equilibrada por las necesidades e intereses de las personas afectadas, la equidad en el proceso, el acuerdo colectivo, basado en el consenso, y orientado a la reparación, la reintegración y el entendimiento mutuo y la no dominación. El proceso se entiende como un espacio neutral de confidencialidad respecto de lo tratado en él.

Se recalca que no existen *a priori* límites para la derivación de los casos en diferentes fases del proceso penal, entendido en sentido amplio. Incluso se alude a la necesidad de mayor preparación en supuestos de victimizaciones graves. Sí se indica que la justicia restaurativa no podrá proseguir si las personas involucradas no son capaces de entender el significado del proceso, algo que está abierto a la interpretación y que no debiera impedir programas específicos con personas con discapacidad.

Aunque hay una referencia a que los Estados puedan regular un marco legal para la derivación, tratamiento e impacto de los casos y acuerdos, no están obligados a hacerlo. Sin embargo, se pone énfasis en regular los protocolos de actuación de los servicios, incluyendo un sistema de quejas y recursos ante malas prácticas, garantizando un equilibrio entre autonomía y cumplimiento de los estándares básicos de justicia restaurativa. Ello incluye garantías relativas al acce-



so a traducción y apoyo legal, entre otras, con mención especial a los derechos específicos de los menores que intervengan en el proceso.

A los facilitadores se les exige preparación, sensibilidad intercultural, evaluación del riesgo y trabajo de seguimiento del caso, con una colaboración estrecha con otros operadores jurídicos (que también deberán formarse en justicia restaurativa), considerando el tiempo mínimo necesario para dicho seguimiento. Asimismo deben recoger datos anonimizados para la evaluación de su actividad, lo que incluye valorar el proceso realizado en sí mismo y las reparaciones que no tienen un resultado tangible, como la misma Recomendación indica de forma expresa.

A continuación se presentan los informes sobre los cinco Estados de la Europa continental, a cargo de expertos en justicia restaurativa. En primer lugar hemos querido dedicar una atención especial a Francia, donde en los últimos años se han producido avances relevantes, que expone con detalle el profesor Robert Cario. A continuación se incluyen los informes de Alemania, Italia y Suiza, a cargo de Otmar Hagemann, Grazia Manozzi y Claudia Campistol, respectivamente, para terminar con el caso de España. A todos los relatores se ha pedido que expresen su opinión respecto a cómo creen que la Recomendación europea puede impactar en el desarrollo de programas de justicia restaurativa en los respectivos Estados. También dan respuesta a la pregunta de si las prácticas restaurativas se encuentran lejos actualmente de los estándares establecidos por la Recomendación, cuáles son las principales debilidades y si consideran que son necesarias reformas legales para alcanzar los objetivos de la norma europea o es necesario que las instituciones centren su atención en las políticas efectivas, la dotación de recursos, la formación y la promoción de la cultura restaurativa entre los profesionales.

Justicia Restaurativa en Francia

Robert Cario

Catedrático Emérito de Criminología. Universidad de Pau y Pays de l'Adour.
Presidente fundador del Instituto Francés para la Justicia Restaurativa (IFJR)¹

1 Véase su página web en www.justicerestaurative.org.



"La justicia restaurativa ofrece a todos
la oportunidad de (re)considerarse a sí mismo para el futuro".

"Nada es más fuerte que una idea
cuyo momento ha llegado"
(Cita atribuida a Victor Hugo)

La Justicia Restaurativa está en el centro del trabajo de la Justicia, en total complementariedad con el Derecho Penal. Es probable que cumpla sus promesas tanto en el ámbito de la prevención como en el de la represión y el tratamiento del fenómeno criminal (Cario, 2008). El reciente atractivo de la "Justicia Restaurativa" se puede medir por los conceptos que florecen en todo el mundo en un intento de caracterizarla: restaurativa, recreativa, transformadora, creativa, cooperativa, reconstructiva, participativa, comprensiva, etc. El mismo ramillete de colores compone las definiciones de la Justicia Restaurativa, algunas centradas en los procesos emprendidos, otras en los resultados que se pretende conseguir.

Sin embargo, la integración de la Justicia Restaurativa está en marcha, ya que la ruptura con los modelos tradicionales trae consigo la esperanza de una justicia que respete a todos los protagonistas y se preocupe por reparar todas las consecuencias directas de la infracción y sus repercusiones. Es en este sentido que se ha pedido a la Asamblea General de las Naciones Unidas que se pronuncie sobre la adopción de principios fundamentales relativos a la utilización de los programas de justicia restaurativa en materia penal (en adelante denominados los Principios Fundamentales de la Justicia restaurativa), que la doctrina está perfeccionando constantemente con miras a su aplicación universal. La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre normas mínimas relativas a los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos la incorporó formalmente. Muy recientemente, la Recomendación (18)8 del Comité de Ministros del Consejo de Europa se ha añadido al arsenal de textos oficiales destinados a establecer una verdadera cultura restauradora en todas las fases del procedimiento y de la ejecución de las penas.

Las líneas generales operativas de la Justicia Restaurativa, que son claramente identificables, permiten indicar con precisión los beneficios que aporta a todo el sistema de justicia penal. La Ley de 15 de agosto de 2014 sobre la individualización de las penas y el fortalecimiento de la eficacia de las sanciones penales la consagró en el título preliminar del libro 1 del Código de Procedimiento Penal mediante la introducción de un subtítulo II, titulado "Justicia restaurativa". La circular del 15 de marzo de 2017 especifica las condiciones de aplicación.

La justicia restaurativa puede definirse, de forma provisional y sintética, a través de las medidas que promueve. En el marco de un proceso dinámico,



requiere la participación voluntaria del infractor, de la víctima, de sus familiares y de todos aquellos que se consideran afectados por el conflicto delictivo, para considerar juntos, mediante la participación activa, en presencia y bajo el control de un "tercero de la justicia" y con el posible apoyo de un "tercero psicólogo y/o social", las mejores soluciones para todos, de manera que puedan conducir, a través de su responsabilidad, a la reparación de todos a fin de restablecer la armonía social de manera más general.

Inmediatamente es necesario precisar, para responder a las críticas, a veces duras, siempre alejadas de la realidad restauradora, lo que en especial no es. La justicia restaurativa no se opone al sistema de justicia penal, sino que complementa sus misiones reales. Dado que es de interés para todos, no se dedica específicamente a las víctimas, sino que requiere la participación del infractor. No es un «copia/pega» de las prácticas anglosajonas. No está sujeta a ningún dogma religioso y los valores espirituales que la animan pertenecen a quien se siente ligado a nuestra humanidad. En el mismo espíritu, no se orienta hacia el perdón, que queda a la libre e íntima discreción de las personas afectadas. No puede reducirse a la mediación entre el infractor y la víctima. El proceso de aplicación de las medidas es en sí mismo reparador, ya que el encuentro no es su único objetivo. Los delitos menores no son el campo exclusivo de intervención de la Justicia Restaurativa, sino todo lo contrario. Su objetivo no sólo se centra en combatir la reincidencia, sino también en reducirla significativamente. No tiene una intención expansionista: no es una panacea, sino una de las diversas herramientas que ya son eficaces, simplemente adaptadas a las expectativas y necesidades de los implicados en el impacto de la delincuencia. Finalmente y esencialmente, la Justicia Restaurativa no tiene ninguna ambición terapéutica, ni tampoco el juicio penal (justicerestaurative.org).

Las medidas de justicia restaurativa son numerosas y pueden aplicarse tanto en el contexto de la prevención como en el contexto de la represión (procedimiento penal) o del tratamiento (ejecución de sentencias): mediación entre víctima y infractor; conferencia del grupo familiar (o conferencia restauradora); círculos de sentencia (o círculo judicial restaurador); encuentros con un grupo de personas víctimas y personas penadas (condenadas a una pena privativa de libertad o ejecutadas dentro de la comunidad) que no se conocen; o Círculos de Apoyo y Responsabilidad (Cario, 2018). Basadas en un estricto protocolo, ofrecen a los participantes la oportunidad de avanzar hacia un horizonte de pacificación.

A. Aplicación de la justicia restaurativa

Estas medidas de Justicia Restaurativa se llevan a cabo según un protocolo bastante estricto, con dos condiciones previas para todos: que todo el proceso



sea conducido por auténticos profesionales especialmente formados en función de las medidas y funciones que les son propias; y que la preparación de las personas y la elaboración de las modalidades concretas de la medida sean lo más exitosas posible.

Según el protocolo establecido por el Instituto Francés de Justicia Restaurativa, en estrecha colaboración con los actores del sector, se identifican tres fases, con variaciones a veces significativas dependiendo de si la medida se adopta en la fase pre o post-sentencial. 1) La fase preliminar consiste en la firma entre todos los actores (Comité de pilotaje) que deseen participar en un programa de restauración de un "Acuerdo de colaboración". A continuación, se designa un "grupo de proyecto" encargado de sensibilizar a los servicios de acogida de las víctimas y de los autores de los delitos para que se orienten, así como de redactar un pliego de condiciones detallado. 2º) La fase preparatoria, que es esencial, lleva al facilitador (en el sentido más amplio) a recibir referencias durante varias entrevistas. Después de escuchar las motivaciones, necesidades y expectativas de las partes, les ayuda a que decidan si van a participar en el encuentro. Además, verifica que las personas no sean vulnerables, para evitar la victimización secundaria. 3) La fase operativa es el momento en que los participantes interactúan. El espacio de palabra que así se les dedica promueve el reconocimiento de la humanidad del otro, la empatía mutua en una postura de auténtico empoderamiento.

A lo largo del programa, la supervisión técnica (y no clínica) es proporcionada por profesionales experimentados en las principales medidas restauradoras. Del mismo modo, una "red de protección psicológica y social" está disponible, si es necesario, para los participantes que lo deseen. Huelga decir que la evaluación del programa es necesaria, tanto en lo que se refiere a la satisfacción, siempre subjetiva, de los participantes, como a la validación del programa como buena práctica y a la comprensión del impacto de la medida en las prácticas profesionales de las personas que los han remitido (servicios penitenciarios, asociaciones de apoyo a las víctimas, en particular).

Además de la resolución de las consecuencias directas del delito de la competencia exclusiva del juez, en términos de sanciones futuras y/o daños y perjuicios compensatorios o los que resulten de la sentencia final, las partes podrán considerar, cuando la medida restaurativa elegida así lo prevea, la celebración de acuerdos especiales. Estos dependen estrechamente del contexto penal, del autor del delito, de la víctima y, en general, de las personas afectadas por el delito e implicadas en la medida de la Justicia Restaurativa. A través de los intercambios que las medidas implementadas permiten, se discuten las cuestiones de "por qué" y "cómo". Son esenciales para las víctimas y sus familiares, así como para los familiares del infractor y para el propio infractor,



en términos de responsabilidad con respecto a las realidades concretas de la victimización después de su acto. En caso necesario y en función de las medidas adoptadas, se adoptan las mejores soluciones para regular, de forma muy pragmática, los aspectos de la vida cotidiana que se ven gravemente perturbados por la delincuencia, tanto a nivel familiar como social, sobre todo porque en la gran mayoría de los casos (familia, lugar de trabajo) se producen actos graves entre personas que se conocen entre sí.

La satisfacción de las personas afectadas que se han beneficiado de una de las medidas restaurativas antes mencionadas es real. Evaluados científicamente, los sentimientos de los protagonistas convergen: haber obtenido justicia, sentir un apaciguamiento físico, psicológico o incluso psicossomático, en particular (Rossi, Cario, 2016). El reconocimiento que ofrece el proceso restaurador es subrayado por todos como una condición para un posible retorno (o consolidación) entre otros seres humanos, porque tener la oportunidad de poder dar el propio punto de vista es restaurador, especialmente si las tumbas son serias y serias. Los magistrados y los agentes sociojudiciales consideran que la complementariedad entre las medidas de justicia restaurativa y las medidas de justicia penal es perfectamente viable, un vector de humanización, un factor de ahorro de tiempo para todos. Así socializado, el deseo de "venganza destructiva" se desvanece para dar paso al compartir, a la reciprocidad, a la intercomprensión, a la venganza «vindicativa» que hace que las personas vuelvan a ser activas, que les permite recuperar el poder sobre sus vidas. El miedo al crimen, como experiencia vivida, se desvanece al escuchar a los infractores, la sinceridad de su arrepentimiento y sus compromisos para el futuro.

De este modo, se evitan innegablemente los costes judiciales, sanitarios y sociales. Sigue siendo importante señalar -y esto no es lo menos importante- que la tasa de reincidencia es mucho más baja, gracias a la posterior rendición de cuentas del condenado. Consciente de que pertenece a la comunidad, dispuesto a acogerlo después de haber cumplido con sus obligaciones, mide claramente que es el acto que ha cometido lo que se estigmatiza como inaceptable, mientras que él mismo sigue siendo una persona, ocupando su lugar entre los demás seres humanos.

B. Profesionalización de los profesionales de la justicia restaurativa

Un facilitador con una función bien definida en función de las medidas restaurativas en el trabajo (entre el facilitador y el mediador) garantiza el buen funcionamiento de los intercambios y la circulación efectiva de la palabra entre todos, resume, cuando procede, las condiciones del acuerdo elaborado



conjuntamente por las partes interesadas y supervisa su ejecución. Debe tener un conocimiento real de las autoridades locales implicadas y de sus normas culturales. Pero es imprescindible que la persona sea un verdadero profesional del trabajo social o, en su caso, que haya adquirido especialmente, además de su formación inicial, las bases conceptuales y metodológicas de la intervención en la justicia restaurativa. Por definición, su misión está marcada por la independencia, la imparcialidad y la benevolencia. No se coloca como tal del lado de la víctima o del infractor, sino que tiene un interés mucho más relevante en satisfacer las necesidades de todos. Los términos del acuerdo que validará, o que haya validado el juez principalmente en el presente principio, serán aceptados más libre y voluntariamente por las partes presentes, ya que emanarán de su propia voluntad, siendo el punto de vista de cada una de ellas el de haber sido oída y considerada.

Dependiendo de las medidas implementadas, los miembros de la comunidad (en el sentido amplio) son llamados, sin ninguna delegación de la sociedad civil, a intervenir dentro del sistema. Especialmente capacitados, su papel, sin interferir con el de los facilitadores, es demostrar, a través de su presencia, la solidaridad de la comunidad con los participantes víctimas y victimarios, el interés de la sociedad en la reparación más completa de las repercusiones del conflicto derivado de la infracción. A través de su empatía y presencia incondicional, alientan a los participantes en su participación y promueven la reconstrucción de la cohesión social dentro de la comunidad. También pueden testificar a sus comunidades de origen, si es necesario, sobre la imparcialidad del proceso de restauración y los beneficios obtenidos por la mayoría de los participantes.

C. Reconocimiento del lugar de la víctima y/o de sus familiares

Es muy oportunamente devuelta y valorada por la Justicia Restaurativa. La víctima (y/o sus familiares) podrán obtener la información que necesita, recibir respuestas a preguntas sobre el delito: ¿por qué ocurrió? ¿Por qué yo? ¿Cómo fue realmente? ¿Quién es el infractor? ¿Qué es lo que siente? ¿Qué es lo que pretende hacer? ¿He hecho algo para que esto ocurriera, podría haberlo evitado? ¿Qué hemos hecho desde entonces? ¿Cómo planeo mi futuro, mi reintegración en la comunidad? Las cuestiones del "por qué" y del "cómo" son fundamentales. Las respuestas que se les den pueden disipar los temores, a menudo difusos, de la víctima y considerar al infractor como una persona, hasta ahora muy a menudo percibido como un "monstruo". La víctima puede así verificar por sí misma, durante la reunión de restauración, la sinceridad del autor. Desea que asuma toda la responsabilidad del acto y que se dé cuenta de todas las con-



secuencias y repercusiones que de él se derivan, algunas de las cuales aún persisten. Todavía debe ser capaz de decir la verdad porque contar la historia de lo que pasó es parte de su curación y/o simboliza los efectos nacidos del evento. Este reconocimiento público debe tener lugar tantas veces como desee. La víctima se apropia así de la regulación del conflicto, sin una estrategia de empoderamiento, para recuperar el poder sobre su vida.

El compromiso de resolver el propio caso, a lo largo del proceso penal, domando los mecanismos disponibles, es esencial para recuperar el control de sí mismo, del propio espacio vital, emocional y social. El delito ha privado a la víctima de sus bienes, cuerpo, emociones y/o sueños. Debe ser reparado a nivel personal, material y simbólico. Al asumir la responsabilidad de reparar el daño causado, el infractor elimina toda posibilidad de culpar a la víctima, que puede así liberarse de la culpa psicológica que el acto puede haber desencadenado en él o en su familia. Una disculpa llevará al mismo efecto. Más excepcionalmente, la víctima puede participar en la elaboración de la sanción, de manera más o menos pronunciada en función de las medidas restaurativas adoptadas, en particular en la presentación, declarando la naturaleza y el alcance de las consecuencias y repercusiones del delito en su propia vida y/o en la de sus familiares (Cario, Ruiz, 2015).

D. La responsabilidad del infractor

La justicia restaurativa conduce a su empoderamiento, que promueve el restablecimiento de la autoestima y la afirmación, de manera más general, de su calidad como ser humano. En este sentido, el infractor necesita que la Justicia marque solemnemente la desaprobación social del acto, nombre el delito, lo haga responsable de los actos cometidos, lo aliente a asumírselos e indemnicar. La justicia restaurativa le invita a preocuparse por el otro. Su objetivo es transformar la vergüenza inseparable del acto en una fuerza de reintegración. El ofensor también necesita el amor y el apoyo de sus familiares, así como parece esencial que las personas en las que tiene una confianza particular lo renueven. Todavía necesita el apoyo del Departamento de Justicia para cambiar su comportamiento: reduciendo los factores de riesgo que lo llevaron al acto agresivo, ofreciéndole oportunidades de tratamiento y consolidando sus habilidades personales. El infractor también necesita aliento y ayuda para (re)integrarse en la comunidad. Algunos de ellos necesitarán de manera definitiva y esencial una privación temporal de libertad, que adquirirá todo su significado en este contexto restaurador al facilitar su adhesión a la sanción impuesta, su apropiación del proyecto de ejecución de las sentencias que se les propondrán (Braithwaite, 1999; Faget, 2006; Robert, 2015).



E. Participación de las comunidades a las que pertenecen

Las propias comunidades obtienen valiosos beneficios de la justicia restaurativa. Unidas por un sentimiento más o menos fuerte de pertenencia, de identificación mutua, las comunidades deben entenderse en su dimensión geográfica local, de vecindad, pero también étnica y/o cultural, cuando no son activadas por un acontecimiento muy particular o dinamizadas en torno a asociaciones o redes de intereses u obligaciones mutuas. El delito, a través de sus impactos, ha creado necesidades entre los miembros involucrados (víctimas secundarias). Sin embargo, la monopolización de los procedimientos penales tradicionales por parte del Estado destruye cualquier sentido de comunidad entre los individuos. Sin embargo, los miembros de la comunidad tienen un papel que desempeñar, al igual que la propia comunidad debe asumir sus responsabilidades potenciales hacia las víctimas, el infractor y todos los miembros mismos. Concretamente, toma conciencia de los factores que pueden conducir a la delincuencia y, a continuación, invierte más en la consolidación del bienestar social, garantizando así una prevención más completa de la delincuencia. Y cada vez que los miembros de la comunidad se involucran en la regulación de conflictos, se fortalece el vínculo social.

Por lo tanto, las comunidades esperan que la Justicia preste atención a sus posibles victimizaciones, les brinde oportunidades para dar sentido a la responsabilidad comunitaria y mutua, les anime a asumir sus obligaciones para el bienestar de sus miembros –incluidas las víctimas y/o los infractores– y a desarrollar políticas que promuevan comunidades sanas y seguras. Por lo tanto, se les deben asignar recursos reales, mediante una simple redistribución al final, a la luz de los beneficios esperados –y evaluados– mediante la aplicación de medidas de justicia restaurativa que contribuyan de manera significativa a reducir la reincidencia.

F. El desarrollo del sistema de justicia penal

Afortunadamente, se está convirtiendo en un beneficiario pleno de la estrategia restaurativa, ya que ofrece a la resolución de conflictos una justicia más humana para la víctima y el infractor. Dependiendo de las medidas implementadas, es probable que la justicia restaurativa haga que la justicia penal sea más creíble porque permite responder a todos los conflictos penales, incluidos los casos de suspensión, despido, prescripción, o cuando el autor es desconocido o psicológicamente incapaz de rendir cuentas. Y probablemente menos costoso (Strang, Shermann, 2008) porque lleva a evitar el uso de sentencias de prisión de corta duración, que hoy en día son masivamente pronunciadas, y el promedio de la



duración de la pena de prisión se fijó en más de ocho meses en 2015. Esto se evidencia además por la proporción de detenidos en centros de prisión preventiva (con una tasa de representación superior al 20%), en casi siete de cada diez casos, por detención preventiva o por la ejecución de sentencias de menos de un año o por las que el resto es también inferior a un año. En vista de la diferencia que se observa generalmente entre el costo diario de una medida ejecutada en la comunidad y el de una pena privativa de libertad (de 1 a 10, o incluso más en instituciones cerradas reservadas para menores), en comparación con las evaluaciones prometedoras de las medidas de justicia restaurativa, también puede haber ahorros potenciales para el sistema en términos de costo/eficacia (en términos de funcionamiento de los tribunales y de la administración penitenciaria). La inversión en una medida restaurativa ofrece un rendimiento, en términos de ahorro para el sistema, de 8/1 (Shapland *et al.*, 2008), como se ha evaluado de manera similar en relación con los programas de prevención temprana, de 12/1 (Cario, 2004; Tremblay, 2008). La justicia restaurativa está más cerca de las personas afectadas, más cerca de la sociedad civil, más cerca de la comunidad. La justicia local se expresa donde se ha establecido el conflicto, donde se está produciendo la reparación, donde los protagonistas siguen viviendo juntos. El reproche de la desaparición de cualquier ritual judicial no parece justificado, no sólo porque la medida restaurativa elegida se aplica en el propio sistema de justicia penal, sino también y sobre todo por el hecho, repetidamente subrayado, de que la distancia que provoca con el litigante es fuente de malentendidos o incluso de rechazo (Garapon, 1986; Desprez, 2009). La víctima y la comunidad, a través de la sensación compartida de que se ha hecho justicia, recuperan la confianza en todo el sistema. Así pues, la justicia restaurativa contribuye a aliviar, en el seno mismo de la comunidad victimizada, más allá del miedo al delito experimentado como experiencia concreta, el sentimiento de inseguridad, y a restablecer una paz social duradera.

G. La realidad de la Justicia Restaurativa en Francia

En Francia, como en la mayoría de los países del mundo, la crisis de las instituciones judiciales (en sentido amplio) es evidente. El diagnóstico es objetivamente indiscutible; su interpretación subjetiva, incluso ideológicamente proteica. Consciente de la insatisfacción de los litigantes, la llamada Ley Taubira ha sido incorporada al Código de Procedimiento Penal las medidas que la justicia restaurativa viene promoviendo desde hace miles de años, respetando los derechos humanos y los principios fundamentales del derecho penal (sustantivo y formal). Experiencias concluyentes le precedieron en algunos de los territorios pioneros de nuestro país, bajo el impulso del Instituto Francés de Justicia Restaurativa (IFJR) y sus socios privilegiados.



1. La consagración legislativa de la Justicia Restaurativa en Francia

Bajo el impulso de diversos actores de la sociedad civil (como el Instituto Francés de Justicia Restaurativa, la Plataforma Francesa de Justicia Restaurativa; justicerestaurative.org), de instituciones públicas o de asociaciones, el legislador ha consagrado la justicia restaurativa en el derecho penal positivo. En un lugar muy simbólico: en la parte legislativa del Código de Procedimiento Penal, en el Subtítulo II del Título Preliminar dedicado a las « Disposiciones Generales », destinado a aplicarse tanto a los grandes infractores como a los menores. En este sentido, el artículo 8 de la Ley N° 2014-896, de 15 de agosto de 2014, sobre la individualización de las penas y el fortalecimiento de la eficacia de las sanciones penales, basada en los trabajos de la Conferencia de Consenso sobre la Prevención de la Reincidencia, le dedica un nuevo artículo 10-1, aplicable desde el 1° de octubre de 2014. «En todo proceso penal y en todas las etapas del mismo, incluida la ejecución de la pena, se podrá ofrecer a la víctima y al autor, siempre que se hayan reconocido los hechos, una medida de justicia restaurativa. Una medida de justicia restaurativa es toda medida que permita a la víctima y al autor participar activamente en la resolución de las dificultades resultantes del delito y, en particular, en la indemnización por los daños de cualquier tipo resultantes de su comisión. Esta medida sólo puede tomarse después de que la víctima y el autor hayan recibido información completa sobre la víctima y hayan dado su consentimiento expreso para participar. Su ejecución correrá a cargo de un tercero independiente formado a tal efecto, bajo la supervisión de la autoridad judicial o, a petición de ésta, de la administración penitenciaria. Es confidencial, salvo acuerdo en contrario de las partes y salvo en los casos en que exista un interés primordial relacionado con la necesidad de prevenir o castigar los delitos que justifique la comunicación al fiscal de información relativa al desarrollo de la medida».

De una manera que nunca antes había sido posible, la participación en una medida restaurativa (más genéricamente en una reunión) puede ofrecerse (independientemente de su condición) a las víctimas y a los autores de delitos durante todo el proceso penal. Es incluso un derecho de la víctima durante la ejecución de la sentencia (art. 707-IV, 2° C.pr.pen.). Se trata de todas las infracciones, y la evaluación científica también muestra que cuanto más graves son los hechos, más importante es el camino a la curación para cada participante. Al igual que la eficacia restauradora del «proceso» por sí sola, independientemente del «resultado» (la reunión, si se desea). La Ley de 17 de agosto de 2015 por la que se adapta la Directiva de 25 de octubre de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas relativas a los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos también dispone que los funcionarios y agentes de la policía judicial informarán a las víctimas por cualquier medio de



su derecho a obtener una indemnización por los daños sufridos, ya sea mediante indemnización o por cualquier otro medio adecuado, incluida, en su caso, una medida de justicia restaurativa (art. 10-2-1° Código procesal penal).

La medida de justicia restaurativa pretende ofrecer una participación activa en la « resolución » de las « dificultades » derivadas del delito, es decir, en la reparación de los « daños » de cualquier tipo derivados de su comisión. Una vez más, los términos utilizados por el legislador no están en total sintonía con los de la mencionada Directiva de 2012: « cuestiones derivadas de la infracción penal » no significa « dificultades », sino « cuestiones » planteadas por la delincuencia, que no son todas susceptibles de constituir « prejuicios », cuya definición y régimen son muy específicos en el Derecho positivo francés. Sin duda, corresponde exclusivamente al juez penal decidir sobre las consecuencias del delito en términos de determinación de la naturaleza, cuantía y régimen de la sanción, por una parte, y sobre el importe de la indemnización pecuniaria, por otra (actualmente competencia del Fondo de Garantía para las Víctimas de Actos de Terrorismo y Otros Delitos -FGTI- o de la Comisión de Indemnización para las Víctimas de Delitos -CIVI-). Por otra parte, sin embargo, es probable que los participantes (principalmente los infractores y las víctimas) negocien (en la fase previa a la sentencia) o consideren (en la fase posterior a la sentencia) la diversidad y las características de las repercusiones del delito (personales, familiares, escolares, profesionales, culturales, relacionales y sociales en particular), sin que exista un vínculo directo -legal- con el delito. En consecuencia, la presencia de profesionales parece inevitable, tanto para evitar cualquier forma de victimización secundaria o repetida, intimidación o represalias contra las personas afectadas, instrumentalización de medidas de justicia restaurativa, como abusos en la evaluación de los "prejuicios" y las modalidades de su "reparación".

La Circular de 15 de marzo de 2017 para la aplicación de la justicia restaurativa ha aclarado de manera pertinente las disposiciones del artículo 10-1 del CPP. Incluye muchas de las recomendaciones que el Instituto Francés de Justicia Restaurativa ha elaborado junto con actores en el campo, teniendo en cuenta a los infractores y a las víctimas. Se afirma legítimamente el control de la legalidad de la autoridad judicial. Sobre todo, en la circular se hace hincapié en que las medidas de justicia restaurativa no son actos procesales, ya que se refieren únicamente a las repercusiones del delito. El tratamiento de las consecuencias (sanción e indemnización) debe seguir siendo una prioridad.

2. Garantías legales que rodea las medidas restaurativas

Al involucrar a la víctima y al infractor (y, dependiendo de las medidas, a sus familiares y a los miembros voluntarios de su comunidad), las medidas de jus-



ticia restaurativa difieren positivamente de la tendencia que afecta, de manera duradera y lamentable, a las condiciones para recurrir a la mediación penal, requiriendo únicamente el consentimiento de la víctima. En el mismo sentido restrictivo, la Directiva de 25 de octubre de 2012 prevé el uso de una medida restaurativa, muy paradójicamente a este respecto, sólo en interés exclusivo de las víctimas (art. 12-a).

A partir de ahora, las personas que han elegido, durante las entrevistas preparatorias con el profesional dedicado, invertir en una reunión restauradora son los principales actores: a la hora de definir las modalidades prácticas de la reunión, a la hora de evaluar los sentimientos y las expectativas de cada uno, el contenido y las características de los intercambios, a la hora de negociar sobre la naturaleza y las modalidades prácticas del cumplimiento de sus compromisos mutuos y a la hora de elaborar el posible seguimiento de los compromisos de los demás.

Dado que se considera que los participantes son competentes para regular sus propios asuntos, en presencia y con el apoyo de profesionales capacitados (en el sentido amplio), las medidas restaurativas proporcionan, dentro del proceso penal, un espacio seguro para el diálogo y la expresión. Identificar y expresar el sufrimiento de todos, promover la comprensión mutua de lo que sucedió (¿por qué?) y buscar juntos las soluciones disponibles para remediarlo (¿cómo?) conduce de manera mucho más eficaz a la restauración más completa posible de las personas.

Sin embargo, para que el trabajo de la justicia se lleve a cabo de acuerdo con los derechos humanos y los principios del derecho penal, el Artículo 10-1 C.pr.pen. impone una serie de garantías que condicionan el uso de una medida de justicia restaurativa. El requisito de que todos reconozcan los hechos es formal. Sin embargo, no debe considerarse como una admisión o autoincriminación, sino como una ausencia de negación. La generalización de la interrupción del proceso penal, que habría permitido pronunciar rápidamente una decisión sobre la culpabilidad de la persona procesada, solicitada durante mucho tiempo por los criminalistas, habría permitido eliminar de la fase de investigación toda resistencia relativa al respeto de la presunción de inocencia. Lógicamente, debe proporcionarse a los participantes potenciales información completa sobre la medida propuesta: el proceso y las garantías de que disponen, el posible seguimiento, los beneficios que probablemente se derivarán de ella y los límites de su participación. El consentimiento expreso de los participantes a la medida restaurativa elegida, que es esencial para su aplicación con éxito, es una garantía de su participación activa. Constante durante todo el proceso de medición, puede ser revocado en cualquier momento. Esto no excluye los efectos reparadores del propio proceso, a pesar del objetivo inicial de la reunión. Cuando las personas



informadas desean participar en una medida de justicia restaurativa, son referidas a los facilitadores del programa de acuerdo con un protocolo específico.

El cumplimiento de estas condiciones no negociables requiere que sean recogidas por un tercero independiente formado a tal efecto. Esta formación no puede ser improvisada. Para tener un sólido conocimiento disciplinario propio, los profesionales y voluntarios en las reuniones de restauración/ encuentros restaurativos tendrán que completar su formación básica adquiriendo conocimientos sobre la especificidad de los protocolos para el establecimiento y seguimiento de las medidas de restauración. Los miembros voluntarios de la comunidad también necesitarán recibir capacitación específica para su papel en los procesos de restauración que requieren su presencia. El facilitador de la reunión, que también se encarga de preparar a los participantes, es el garante de su marco y de su conducta justa, digna y respetuosa. Su independencia se manifiesta con respecto a los participantes: formación específica, neutralidad benévola, ausencia de cualquier relación de cualquier tipo, libre de cualquier sujeción, sin influencia del entorno profesional de pertenencia. Esto se debe a que la medición es gratuita. Se mantiene igualmente independiente de la institución judicial o de las administraciones clientes. No es en vano que el original de la Directiva, redactado en inglés, ha influido mucho en el legislador francés. Curiosamente, el tercero imparcial se ha convertido en un "tercero independiente", lo que ha dado lugar a interpretaciones muy restrictivas en cuanto a la posibilidad, en particular, de que el personal penitenciario o de apoyo a las víctimas asuma esa función.

Sin embargo, la imparcialidad generalmente significa la objetividad de su actuación, la preocupación por la equidad y la justicia, la ausencia de prejuicios (aunque en asuntos penales, el sufrimiento de los participantes debería conducir sin duda a una postura de coparticipación). La independencia tiende a enfatizar que el facilitador de las reuniones restaurativas (en el sentido amplio) no depende de los participantes a nivel material o moral, no se deja influenciar por sus afiliaciones políticas o religiosas o por todo tipo de presiones externas. Por último, el «tercero justo» debe ser imparcial e independiente, lo que cierra cualquier debate anticuado sobre la doctrina.

El control de la autoridad judicial o, a petición de ésta, del Servicio Penitenciario, consiste en verificar el cumplimiento de los principios generales del derecho penal y de los derechos e intereses de los participantes a lo largo de todo el proceso restaurativo: violaciones de la conducta formal del proceso; violaciones de la ética por parte del facilitador que afecten negativamente a un participante; homologación –o incluso integración en la decisión sobre el fondo– del memorando de entendimiento; contenido del posible acuerdo, principalmente. Sin embargo, dicho control está sujeto al principio



de confidencialidad, sin otras restricciones, salvo que "las partes acuerden otra cosa y salvo en los casos en que exista un interés primordial en prevenir o castigar los delitos" cometidos, cuya comisión esté en curso o a punto de cometerse y que supongan un peligro para las personas. El fiscal es el único destinatario. Se aplica a todos: mediadores, coordinadores, facilitadores, miembros de la comunidad, participantes. Como corolario, está prohibido basarse en la participación en una reunión de restitución, incluso en caso de fracaso, en un proceso penal posterior.

Así, la evolución iniciada por la Ley de 15 de agosto de 2014 muestra una convergencia real entre los objetivos de la justicia penal y los de la justicia restaurativa. En este sentido, la pena tiene ahora la función de "castigar al infractor; promover "su modificación, inserción o reintegración", "con el fin de garantizar la protección de la sociedad, prevenir la comisión de nuevos delitos y restablecer el equilibrio social, respetando al mismo tiempo los intereses de la víctima" (artículo 130-1 nuevo del Código Penal). Estas son las funciones asignadas a los distintos encuentros restaurativos: empoderamiento de todos con miras a su reintegración en el espacio social; reparación integral para cada uno de los protagonistas, sus familiares y/o sus comunidades de pertenencia; reducción significativa de la reincidencia, restablecimiento de la seguridad y tranquilidad pública que puedan conducir a la consolidación de la paz social.

En la medida en que ninguna de las medidas de justicia restaurativa esté dirigida en particular a un objetivo concreto, todos ellos pueden optar a la evaluación motivada de los profesionales formados para determinar, con los propios participantes, el más adecuado para la situación de que se trate: mediación penal, mediación restaurativa (después del enjuiciamiento), reparación penal para menores, conferencias restaurativas, círculos restaurativos (cuando la acción pública no puede ser iniciada o sostenida), encuentros con detenidos (o condenados) - víctimas, círculos de apoyo y responsabilidad (específicamente dedicados a los perpetradores de violencia sexual), círculos de apoyo y recursos. La solicitud de que se le ofrezca una medida de justicia restaurativa es una iniciativa de todos: los actores del sistema de justicia penal, los protagonistas, los familiares (véase el artículo 5-2-a de la circular de 15 de marzo de 2017). Trabajar en asociación se convierte entonces en la clave para lograr un enfoque holístico de las respuestas a la delincuencia. La justicia restaurativa está muy avanzada en nuestro país. Ofrecámosle el cumplimiento que promete, favoreciendo el optimismo de la acción sobre el pesimismo de la inteligencia. Al racionalizar los costes presupuestarios, nos ofrecemos al mismo tiempo los medios para medir -científicamente- su eficacia y eficiencia, porque ha llegado el momento de la complementariedad penal y restaurativa.



3. Las contribuciones más recientes de la Recomendación del Consejo de Europa (18)8.

Continuando con su incansable promoción de la humanización del derecho penal, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el 5 de octubre de 2018 una Recomendación sobre la justicia restaurativa en materia penal. De conformidad con la Recomendación (99)19, invita a los 47 Estados miembros a incorporar la justicia restaurativa en su legislación nacional. En esencia, reproduce las disposiciones de la Directiva de 25 de octubre de 2012, que obliga a los 28 Estados miembros a transponer las medidas de "justicia restaurativa" a sus sistemas de justicia penal. Sin embargo, están surgiendo innovaciones junto con el recordatorio de los principios fundamentales de la justicia restaurativa.

Una primera innovación aparece inmediatamente con respecto a la definición misma de la justicia "restaurativa" (y no "reparadora") como un proceso en el que las personas que han sufrido daños como resultado de un delito y los responsables de tales daños participan activamente, si consienten libremente, en la resolución de los problemas resultantes del delito, con la asistencia de una tercera parte cualificada e imparcial. Las medidas de justicia restaurativa en este sentido suelen adoptar la forma de un "diálogo, directo o indirecto" entre los autores y las víctimas, o incluso cualquier persona afectada por el delito, en todas las etapas del proceso. Esta evolución terminológica es tanto menos neutral cuanto que la filosofía de la Justicia Restaurativa se recuerda claramente en torno a la necesidad de implicar sistemáticamente a los responsables de las consecuencias y repercusiones en las víctimas. Es lamentable, sin embargo, que la elección del término "perjuicio" se refiera demasiado expresamente al derecho civil de indemnización, al menos en Francia. La expresión inglesa es mucho más rica: "persons harmed by the crime" (art. 3).

La segunda innovación es la posibilidad de considerar la medida de justicia restaurativa implementada "como parte de la sanción impuesta" o -pero esto ya era muy explícito en textos internacionales y europeos anteriores- o a ser aplicada después de que la sentencia haya sido impuesta o ejecutada. Así pues, la Recomendación (18)8 sugiere que el éxito de una medida restaurativa puede llevar a los magistrados competentes a incluir en la decisión sobre las consecuencias del delito el acuerdo alcanzado por las partes sobre cómo abordar las repercusiones del delito en su futuro o a tenerlo en cuenta al cumplir las penas. Esta complementariedad en la respuesta socio-criminal, así globalizada e integrada, sólo puede conducir al desarrollo del trabajo de la justicia. (arts. 30 a 35 y 50 a 53). Lamentablemente, la Rec (88)8 no llega a aconsejar la « césure » del proceso penal, lo que probablemente, mediante una decisión sobre la culpabilidad exclusiva del delincuente, eliminaría el obstáculo que supone el



incumplimiento de la presunción de inocencia, tan a menudo invocado por los opositores a la introducción de medidas de justicia reparadora en la fase anterior a la sentencia. Sobre todo porque estas medidas no son actos procesales (art. 3-1 Circ. 2017) y porque, con respecto a los actos más graves de violencia interpersonal, que constituyen la parte principal del litigio penal respecto del cual se manifiestan los beneficios de la Justicia Reparadora (Rossi, Cario, 2017), el reconocimiento de los hechos por parte del delincuente es muy frecuente.

La tercera innovación, que es muy relevante, es la necesidad de crear Servicios de Justicia Restaurativa autónomos en todas las etapas del proceso penal y ante los tribunales para la ejecución de las sentencias. Con este fin, la recomendación invita a las autoridades judiciales y a los diversos organismos de justicia penal a que la utilicen en todo momento (arts. 9, 12, 19, 28, 36 a 47), omitiendo, sin embargo, a los abogados cuyo papel puede ser decisivo para informar y orientar a sus clientes, o incluso, si están formados, convirtiéndose en facilitadores de medidas reparadoras. De ahí el importante correlato del apoyo financiero del Estado a estas estructuras (art. 54).

La cuarta y esencial innovación es que las partes de la medida restaurativa deben ser informadas de los procedimientos de "reclamación" establecidos para garantizar sus derechos. "Además de ser "claros" y "eficaces", su acceso debe facilitarse siempre que se vean afectados negativamente por una situación. Esto se aplica al incumplimiento de los principios establecidos en el artículo 6 del CEDH, como las denegaciones por parte de las autoridades judiciales competentes, aun cuando se cumplan las condiciones para la interposición de un recurso y para la aplicación de la medida (véase el artículo 10-1 Código procesal penal.).

Más concretamente, la Rec (18)8 recuerda los principios fundamentales de la justicia restaurativa: "principio de participación activa de las "partes interesadas"; principio de "reparación", que debe entenderse en el sentido amplio de "reparación de daños". Entre ellas figuran el carácter voluntario del proceso (libre consentimiento), el reconocimiento de los principales hechos del caso (arts. 30 y 35), la información completa a los participantes, la preparación de las partes (arts. 47 y 48), la participación activa en un diálogo equilibrado y respetuoso, la imparcialidad y la formación específica de los facilitadores en general (facilitadores ; art. 3 42), confidencialidad de los intercambios en lugares seguros y cómodos, reglas específicas relativas a los niños (víctimas y perpetradores), control por parte de la autoridad judicial, evaluación y, esencialmente, acuerdo deliberativo y consensual cuando sea apropiado, dependiendo de la etapa del procedimiento.

La Recomendación también subraya la necesidad de establecer una cooperación local eficaz y operativa, promovida por el nombramiento de « Referentes de la justicia restaurativa » ante las autoridades judiciales y los organis-



mos de justicia penal (arts. 62 y 63). Debe darse amplia publicidad a las medidas de justicia restaurativa y a las condiciones de acceso a ellas en todos los lugares abiertos al público, no sólo entre las poblaciones judicializadas (art. 65).

Es lamentable que la Rec (18)8 « asimile » la justicia restaurativa y las medidas que promueve que excluyen el inevitable « diálogo entre el autor y la víctima » (art. 59). Estas prácticas son indudablemente pertinentes para las situaciones a las que se enfrentan los profesionales del derecho (art. 59). Pero los beneficios científicamente probados de la justicia restaurativa no pueden ser utilizados para desarrollar prácticas que son demasiado rápidas e ilegítimamente calificadas « como restaurativas ». Del mismo modo, el alcance de la intervención de la justicia restaurativa fuera del ámbito penal no debería ampliarse excesivamente. Ciertamente, la justicia restaurativa debe tener como primera intención impedir la entrada en la delincuencia. Pero una vez que el conflicto es de naturaleza criminal, debe ser tratado dentro del sistema de justicia penal. La inflación criminal galopante, el hacinamiento en los tribunales y el hacinamiento criminal no pueden justificar esa libertad. Estas situaciones esenciales e inaceptables en una democracia son objeto de otro debate: la despenalización masiva de los delitos menores, que representan el 80% de los litigios penales actuales (crimen que sólo afectan al 0,5% de las condenas).

La aplicación en Francia de la Rec(18)8 planteará aún menos dificultades, ya que la mayoría de sus disposiciones ya han sido consagradas en la Ley de 15 de agosto de 2014 y en la Circular de 15 de marzo de 2017. No obstante, la Recomendación pide que se siga avanzando en la integración de la Justicia Restaurativa en nuestro sistema de justicia penal, principalmente en lo que se refiere a las innovaciones desarrolladas anteriormente : la creación de Servicios de Justicia Restaurativa autónomos ; el derecho de "denuncia" ; y la consideración por parte de los jueces competentes, en todas las etapas del proceso penal, de cualquier acuerdo alcanzado por consenso por los participantes, como "parte" de las decisiones penales, tanto en la fase del juicio en sí como en la fase de la sentencia. En el mismo espíritu de popularización de la justicia restaurativa, en nuestro país deben organizarse las condiciones para una investigación científica de calidad con el fin de generalizar sólo las "buenas prácticas" restaurativas evaluadas científicamente (art. 46).

4. Logros concretos en el territorio nacional francés (metrópolis y ultramar)

Ya antes de la aprobación de la ley del 15 de agosto de 2014, para compensar las insuficiencias –en especie y en diversidad– de las medidas de mediación y reparación penal de menores, se han desarrollado, en nuestro país, experimentos



formalmente organizados por profesionales de la asistencia social (en el sentido amplio). El primer experimento tuvo lugar en 2010 en Poissy, en el marco de una sesión de *Rencontres détenus-victimes* (RDV), en la que participaron el *Institut national d'aide aux victimes et de médiation* (INAVEM), la *Maison centrale de Poissy*, el *Service pénitentiaire d'insertion et de probation* (SPIP) des Yvelines, la *École nationale d'administration pénitentiaire* (ENAP) y algunas personalidades que más tarde crearon el *Institut français pour la justice restaurative* (IFJR). En la sesión de seis reuniones participaron tres víctimas y tres detenidos, que no se conocían entre sí, sino que se reunieron de una manera que tuvo en cuenta la similitud de los actos cometidos entre sí y los sufridos por los demás. La segunda experiencia se inscribe en el marco de los círculos de apoyo y de responsabilidad creados por la SPIP de Yvelines a principios de 2014. La mediación restaurativa está actualmente en curso en varios departamentos. Desde entonces, la aplicación de programas de rehabilitación se ha desarrollado muy rápidamente en beneficio de los principales infractores. Es más que probable que los servicios de la Protección Judicial de Menores (PJJ), que ahora se ocupan de los menores en situación de delincuencia, se unan a este movimiento de restauración a gran escala. Hasta la fecha, se han ejecutado más de 60 programas de justicia reparadora y su desarrollo parece exponencial, especialmente desde la publicación de la Circular del 15 de marzo de 2017.

5. El Instituto Francés para la Justicia Restaurativa (IFJR)

Desde su creación en la primavera de 2013, el Instituto Francés de Justicia Restaurativa, con su rica y coherente red de asociaciones a nivel nacional e internacional (reflejada en su Consejo de Administración, justicerestaurative.org) y el masivo esfuerzo de sus miembros (profesionales del ámbito penal o social, en su mayoría voluntarios), ha estado impulsando el desarrollo de la justicia restaurativa. Lugar de intercambio de conocimientos científicos, prácticos y prácticos, pretende ofrecer a todos aquellos que deseen invertir en este prometedor proyecto de restauración un conjunto de herramientas que guíen sus acciones sabiendo, de forma muy pragmática, cómo llevarlas a cabo. Los riesgos de revictimización de los participantes, que son reales, presuponen un alto nivel de profesionalidad por parte de los participantes (a nivel ético y deontológico): el amateurismo, la improvisación y la prisa no están a la orden del día en esta materia que, hay que recordar, se basa en protocolos estrictos, sin ninguna ambición terapéutica o proselitista.

En este sentido, se organizan numerosos seminarios de sensibilización en la metrópolis y en los territorios de ultramar con múltiples instituciones: cárceles, asistencia a las víctimas, visitas a las cárceles, capellanías, municipios, etc.



Se han organizado numerosos cursos de formación sobre las principales medidas restaurativas, de acuerdo con Inavem (inavem.org) y la Ecole Nationale d'Administration Pénitentiaire (enap.justice.fr). En 2017, se han programado más de 30 cursos de formación: Módulos Generalistas, Módulos para la animación de reuniones restaurativas (RDV - RCV, CSR - CAR, Mediación Restaurativa), Miembros de la Comunidad y Módulo para el análisis de prácticas. El Instituto también participa en la creación, el apoyo, el seguimiento y la evaluación de varios servicios regionales de justicia restaurativa (SRJR « Ile de France », SRJR « Pyrénées », « Corse », « La Martinique » en particular), otros deberían lanzarse próximamente. Establece evaluaciones de las medidas emprendidas, que son condiciones esenciales para su difusión como buenas prácticas... o no. Gracias al apoyo del Ministerio de Justicia (Service de l'accès au Droit et à la Justice et de l'aide aux victimes, SADJAV) y de generosos donantes, se han producido o se están produciendo documentos de comunicación (películas) (carteles, folletos, guías, especificaciones, en particular) para informar al público más amplio posible en Francia: profesionales del sistema de justicia penal, autores y víctimas y, en general, ciudadanos). Una conferencia internacional de consulta sobre la justicia restaurativa, organizada en enero de 2017 en la UNESCO, fue un gran éxito.

Para concluir brevemente, las innovaciones legislativas de 2014, aplicables desde el 1 de octubre de 2014, asegurarán sin duda la generalización y sostenibilidad de las medidas que promueve la Justicia Restaurativa. La circular del 15 de marzo de 2017 las hará efectivas. La Recomendación del Consejo de Europa (18)8 consolida sin duda, de manera meramente incentivadora, el establecimiento de la justicia restaurativa en nuestros sistemas de justicia penal. Todas estas disposiciones y logros concretos (los cuales subrayan los beneficios de la justicia restaurativa)² tienen la notable ventaja de hacer efectivo el desarrollo de una auténtica cultura restauradora en Francia, en Europa y en el mundo entero.

Bibliografía

- Bellucci S., Cario R., Pottier P., La Justice restaurative vise à apaiser l'auteur et la victime, *Les actualités sociales hebdomadaires*, 2016- 2953, pp. 32-33.
- Bergseth K.J., Bouffard J.A., Examining the effectiveness of a restorative justice program for various types of juvenile offenders, *In Int. J. Offender Ther. Comp. Criminol.*, 2013-57(9), pp.1054-75

2 .V. not. R. Cario, C. Rossi, en GB



- Braithwaite J., *Crime, shame and reintegration* (1989), Cambridge Univ. Press, 2010, 226 p.
- Cario R., *La prévention précoce des comportements criminels. Stigmatisation ou bien-traitance sociale ?*, Ed. L'Harmattan, Coll. Controverses, 2004, 108 p.
- Cario R. (Dir.), *La justice restaurative*, Rapport du groupe de travail, Conseil national d'aide aux victimes, Paris, Mai 2007, 61 p.
- Cario R., *Introduction aux sciences criminelles. Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel*, Ed. L'Harmattan, 6^e éd. 2008, 348 p.
- Cario R., *La justice restaurative Principes et promesses*, Ed. L'Harmattan, 2^e éd. 2010, 300 p.
- Cario R., Mbanzoulou P. (Dir.), *La justice restaurative. Une utopie qui marche ?*, Ed. L'Harmattan, 2010, 103 p.
- Cario R. (Dir.), *Les rencontres détenus-victimes. L'humanité retrouvée*, Ed. L'Harmattan, Paris, coll. Controverses, 2012, 164 p.
- Cario R., *La justice restaurative*, Conférence de consensus, 14-15 février 2013 [En ligne] <http://ick.li/if0BL9>.
- Cario R., Justice restaurative et droit pénal des mineurs. Entre continuité et renforcement de la belle Ordonnance du 2 février 1945, *In Les Cahiers dynamiques*, Ed. Erès, 2014-59, pp. 41-50.
- Cario R., S. Ruiz, *Droit(s) des victimes. De l'oubli à la reconnaissance*, Ed. l'Harmattan, 2015, 325 p.
- Cario R., Justice restaurative, *In Répertoire de procédure pénale*, Ed. Dalloz, 2018, 42 p.
- Cherki-Nicklès C., M. Dubec, *Crimes et sentiments*, Ed. Le Seuil, 1992, p. 273.
- Christie N., Conflicts as property, *In The British Journal of Criminology*, 1977-17, pp. 1-15 ; rééd. *In T. Newburn (E.), Key readings in criminology*, Willan publishing, 2009, pp. 712-719.
- Cornwell D.J, Blad J., Wright M. (Eds.), *Civilising criminal justice*, Waterside press, 2013, 565 p.
- Cunneen C., Hoyle C., *Debating Restorative Justice*, Hart publishing, 2010, 195 p.
- De Villette T., *Faire justice autrement. Le défi des rencontres entre détenus et victimes*, Ed. Médiaspaul, 2009, 247 p.
- Desprez F., *Rituel judiciaire et procès pénal*, LGDJ / Lextenso Ed., Bibliothèque des sciences criminelles, 2009-46, 573 p.



- Dunkel F and al., Restorative justice and mediation in penal matters, Forum Verlag Godesberg, 2015, 2 vol., 1100 p.
- Faget J., Reintegrative shaming. A propos de la théorie de John Braithwaite, *In Les cahiers de la Justice, revue semestrielle de de L'ENM*, Dalloz, 2006-1, pp. 59-70.
- Farrall S., Hough M., Maruna S., Sparks R., *Escape routes. Contemporary perspectives on life after punishment*, Routledge ed., 2011, 278 p.
- E. A. Fattah, S. Parmentier (Eds.), *Victim policies and criminal justice system on the road of restorative justice. Essays in honor of Tony Peters*, 2001, Leuven University Press, 460 p.
- Gailly P., *La Justice restaurative. Textes réunis par...*, Ed. Larcier, 2011, 471 p.
- Garapon A., D. Salas, *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, Ed. du Seuil, 2007, p. 153.
- Garapon A., *Le rituel judiciaire. Etude de sociologie juridique sur les formes symboliques du droit*, Thèse, Paris II, 1986, multigraph., 386 p.
- B. Hopkins (Ed.), *Restorative justice in practice. Insights into what works and why?*, Jessica Kingsley Publishers, 2015, 248 p.
- Johnstone G. (Ed.), *A restorative justice reader : texts, sources, context*, Willan pub, 2003, 400 p.
- Johnstone G., D.W.Van Ness (Eds.), *Handbook of Restorative justice*, Willan publishing, 2007, pp. 41-58.
- Latimer J., Dowden C., Muise D., *L'efficacité des pratiques de la Justice restaurative : Méta-analyse*, Département de la justice du Canada, Division de la recherche et de la statistique, Multigraph., 2011.
- Liebmann M., *Restorative Justice. How it works?*, Jessica Kingsley publishers, 2007, 472 p.
- Mbanzoulou P., *La médiation pénale*, Ed. L'Harmattan, 2012, 117 p.
- Manuel sur les programmes de justice restaurative*, Coll. Série de manuels sur la réforme de la justice pénale, multigraph., 2008, 107 p. ; unodc.org.
- D. O'Mahony, J. Doak, *Reimagining restorative justice. Agency and accountability in the criminal process*, Hart publishing, 2017, 256 p.
- Robert J.H., La honte réintégrative, moteur de la justice restaurative, *In La semaine juridique*, 2015-9, pp. 442-446.



- Ross R., *Returning to the teachings : exploring aboriginal justice*, Penguin Books, 1996, 287 p. ; du même auteur, Pour une justice « relationnelle », *Les cahiers de la justice. Revue semestrielle de L'ENM*, Ed. Dalloz, 2006-1, pp. 127-142.
- Rossi C., *Les rencontres détenus-victimes dans le cas de crimes graves au Québec : une offre unique de reconnaissance sociale des conséquences des crimes les plus graves*, In R. Cario (Dir.), *op. cit.*, 2012, pp. 39-68.
- Rossi C., Cario R., *Les bienfaits de la Justice restaurative*, 2016, thyma.fr.
- Sayous B., Cario R., *La Justice restaurative dans la réforme pénale : de nouveaux droits pour les victimes et les auteurs d'infractions pénales*, In *AJpén.*, 2014-10, pp. 461-466.
- Shapland J. and al., *Does restorative justice affect reconviction ? The fourth report from the evaluation of three schemes*, Min. of Justice, Research Series, 2008-10, pp. 43-65
- Shapland J., Robinson G., Sorsby A., *Restorative justice in practice. Evaluating what works for victims and offenders*, Ed. Routledge, 2011, 227 p.
- Shapland, *Justice, communauté et société civile. Etudes comparatives sur un terrain disputé*, Ed. L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 2008, 263 p.
- Sherman L.W., H. Strang, *Restorative justice : the evidence*, Smith Institute pub., 2007, p. 86 et 88, smith-institute.org.uk.
- Shermann L.W., H. Strang, E. Mayo-Wilson, D.J. Woods, B. Ariel, *Are restorative Justice conferences effective in reducing repeat offending ? Findings from a Cambell systematic review*, In *Journal of Quantitative criminology*, 2015-31-1, pp. 124.
- Strang H. and al., *Restorative Justice Conferencing (RJC). Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction. A Systematic Review*, Campbell systematic review, 2013:12.
- Tremblay R.E., *Prévenir la violence dès la petite enfance*, Ed. O. Jacob, 2008, 269 p.
- Tulkens F. (Dir.), *Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Principes d'action et méthodes, Rapport du jury de consensus remis au Premier ministre*, 2013.
- Umbreit M.S., Coates R.B., B. Vos, *Victim-offender mediation : three decades of practice and research*, In *Conflict resolution quaterly*, 2004-22, ½, pp. 279-303.



- Umbreit M., Peterson-Armour M., *Restorative justice dialogue. An essential guide for research and practice*, Ed. Springer publ., 2011, 350 p.
- Umbreit M.S., Peterson-Armour M., Restorative Justice and Dialogue: Impact, Opportunities, and Challenges in the Global Community, *In Washington University Journal of law and policy*, 2011-36, pp. 65-89.
- Van Ness D.W., Heetderks Strong K., *Restoring Justice. An introduction to restorative justice*, Anderson publishing, 5th ed. 2014, 235 p.
- Walgrave L., *Restorative Justice, self-interest and responsible citizenship*, Willan publishing, 2008, 240 p.
- Wallis P., *Understanding Restorative justice. How empathy can close the gap created by crime ?*, Olicy Press, 2014, 206 p.
- Ward T., Maruna S., *Rehabilitation*, Routledge ed., 2007, 204 p.
- Wright M., *À qui profite la Justice restauratrice ?*, In P. Gailly (Trad.), *La justice restauratrice*, Ed. Larcier, 2011, pp. 189-215.
- Zehr H., *Changing lenses : a new focus for crime and justice*, Herald Press, 1990, 3rd ed., 2005, 289 p. ; *Changing lenses. Restorative justice for our times*, 35th anniversary edition, Herald press, 4th ed., 2015.

El impacto de la Recomendación (2018)8 en el sistema jurídico italiano³

Grazia MANNOZZI

Directora del Study Centre for Restorative Justice and Mediation. Università degli Studi dell'Insubria (Como, Italia)

1. Premisa

La justicia restaurativa es un paradigma autónomo, tanto en su enfoque básico como en su metodología, que sin embargo no aspira a suplantar al sistema penal, sino que requiere una coordinación progresiva y razonable con el sistema penal y procesal (Palazzo, 2015; Mannozi & Lodigiani 2017) para que este último pueda dar voz, visibilidad y reconocimiento a las víctimas de delitos.

3 Traducción realizada por Josep M. Tamarit.



Si la Directiva 2012/29 / UE constituye un paso importante en la promoción de la cultura de justicia restaurativa y en el fortalecimiento de los derechos de las víctimas (Kilchling y Parlato, 2015), la Recomendación (2018)8 representa una indicación más a los legisladores de los diversos Estados miembros para garantizar a las víctimas el derecho de acceso a los programas de justicia restaurativa de acuerdo con estándares de calidad apropiados.

2. El impacto de la Recomendación CM/Rec (2018)8 en el sistema jurídico italiano

Para determinar el impacto de la Recomendación en el sistema italiano hay que tener en cuenta dos planos distintos: el normativo y el de la praxis. El primero se refiere al marco de reglas que permite a los perpetradores y víctimas de delitos acceder a programas de justicia restaurativa dentro del sistema penal; el segundo se refiere a la viabilidad práctica de los caminos de la justicia restaurativa y la mediación en el territorio nacional.

La aprobación de la Recomendación 2018, sin duda, representa una invitación importante a los Estados miembros para que completen y fortalezcan la justicia reparadora como una forma de gestión de conflictos criminales. Es aún más importante cuanto más incompleto o insatisfactorio sea el cumplimiento de la Directiva de 2012, en los Estados individuales que también pertenecen a la Unión Europea. Este es el caso de Italia que, en materia de justicia restaurativa, presenta una regulación incompleta, sin un cumplimiento sustancial de la Directiva 2012/29 / UE, y sin embargo, tiene experiencia práctica bien establecida, incluso en una posición de vanguardia, como los programas restaurativos realizados entre ex miembros de la lucha armada y víctimas directas e indirectas (Ceretti, Mazzucato, Bertagna, 2017).

La posibilidad de acceder a programas de justicia restaurativa se ha experimentado sobre todo en el campo de la justicia juvenil, donde, aunque no está expresamente previsto, es posible de acuerdo con la legislación vigente (Decreto presidencial 448/1988), independientemente de la gravedad del delito cometido.

La mediación, por otra parte, se ha previsto expresamente, desde el año 2000, en la legislación sobre la competencia penal del juez de paz, para delitos menores (*petty offences*) perseguibles mediante querrela. Con la ley de reforma 67/2014, la posibilidad de acceder a los programas de justicia restaurativa también se encuentra en la justicia penal ordinaria, que se aplica a los adultos, pero esta posibilidad ha sido introducida sólo para los delitos castigados con una pena máxima que no exceda de los cuatro años de prisión.



Esto significa que Italia no ha adoptado, hasta la fecha, un enfoque generalista que permita a todas las víctimas de delitos acceder a programas de justicia restaurativa y mediación en cada estado y grado del procedimiento.

La importante actividad de impulso a la justicia restaurativa dada durante la última legislatura, a través de dos iniciativas gubernamentales, los "Estados sobre la ejecución de sanciones" y la "Comisión de Reforma en relación con el sistema penitenciario y los modelos de justicia restaurativa", lamentablemente no ha tenido éxito, no habiendo sido aceptadas por el parlamento actual. Hasta la fecha, por lo tanto, hay una falta de legislación general que establezca los principios cardinales de la justicia restaurativa, las garantías procesales apropiadas y las características cualitativas de los programas individuales, el estándar de capacitación de mediadores / facilitadores y los métodos de acreditación de los centros de justicia restaurativa y mediación, tanto si se trata de organismos públicos como de asociaciones privadas.

La aparición de la Recomendación resulta por lo tanto muy apropiada, pues alienta nuevamente al legislador italiano, aunque en un clima que no es precisamente propicio para la justicia restaurativa, como lo demuestra el reciente rechazo por parte del Senado de la República de un proyecto de ley sobre el tema, en primer lugar para cumplir con los requisitos de la Directiva de 2012, fortaleciendo las posibilidades de acceso a la justicia restaurativa en todos los estados y grado del procedimiento y prever la necesidad de un alto nivel de profesionalidad para aquellos que tienen contacto con las víctimas u operan como mediadores/facilitadores. En particular, a través de las indicaciones contenidas en el preámbulo y en particular en los artículos 21 a 24 y 28, la Recomendación insta al legislador italiano a establecer un marco regulatorio general para la justicia restaurativa, que permita ampliar el alcance de las normas que permiten el uso de la justicia reparatoria y proporcionar fondos para la apertura de agencias de justicia restaurativa que dan efectividad a la misma.

Que los programas de justicia restaurativa pueden iniciarse, al menos en abstracto, en relación con todos los tipos de delitos resulta consistente con la filosofía subyacente de la justicia restaurativa, que requiere una mayor atención a las víctimas pero también un equilibrio entre los intereses de éstas y los de los ofensores. Por lo tanto, las intervenciones de justicia reparatoria deben ser bidireccionales, lo que se deduce explícitamente de la Recomendación donde, en el art. 4 afirma que los programas de justicia reparatoria a menudo toman la forma de diálogo. El diálogo se refiere, ontológicamente, a la dualidad y, por lo tanto, a la posibilidad de estar *en relación*.

Al llegar al nivel de la praxis, en comparación con la Recomendación, Italia parece carecer de una organización adecuada y generalizada de los cen-



tros de justicia restaurativa en el territorio nacional. Por supuesto, hay algunos excelentes centros de mediación que han surgido desde mediados de los años noventa del siglo pasado en algunas de las principales ciudades italianas (inicialmente Turín, Milán, Bari). Sin embargo, regiones enteras no tienen servicios de apoyo a las víctimas o centros de mediación, de modo que la autoridad judicial, llamada a enviar casos para mediar, no puede realizar su función de *gate keeper*.

Un modelo interesante es el de la región de Marche, que ha establecido por ley regional una oficina de mediación en el distrito del Tribunal de Apelación de Ancona, donde trabajan, además de mediadores civiles y familiares, mediadores criminales para operar tanto en el ámbito de la delincuencia juvenil como en la de adultos.

En última instancia, hay dificultades y retrasos en la difusión de la justicia restaurativa en Italia, que se deben no solo a la carencia de un marco legal de reglas y garantías, sino también a la falta de conciencia sobre el significado y el potencial de la justicia reparadora por parte del poder judicial y a la ausencia de centros de justicia restaurativa o mediación distribuidos uniformemente en todo el país.

3. La formación de los mediadores/facilitadores

La Recomendación ofrece importantes indicaciones sobre la necesidad de una capacitación adecuada del facilitador ("tercero capacitado e imparcial"), que surge de la definición de justicia restaurativa contenida en el art. 3. El artículo 42 también subraya la necesidad de una capacitación inicial y una capacitación continua y en servicio de los facilitadores, de acuerdo con un alto nivel ("competencia de alto nivel").

El Consejo de Europa nos proporciona una vez más un documento de referencia significativo para identificar los contenidos de la capacitación del mediador. La Recomendación R (99) 19 requiere que se encuentren mediadores en todas las áreas sociales y que, en general, tengan un buen conocimiento de las culturas locales y comunitarias (Artículo 22); recibir capacitación inicial básica y capacitarse en el servicio antes de emprender la mediación (art. 24); adquirir un alto nivel de experiencia que tenga en cuenta las capacidades de resolución de conflictos, los requisitos específicos para trabajar con las víctimas y los delincuentes, así como los conocimientos básicos del sistema penal (artículo 24).

Todo esto es coherente con la conciencia de que el papel de los mediadores o facilitadores no es en absoluto simple e implica un *saber ser* incluso antes que un *saber hacer* (Morineau, 1998). Asumir los efectos de un conflicto requiere, por parte de los facilitadores, la capacidad de manejar emociones y sentimien-



tos, incluso los muy intensos, que pueden surgir en el contexto de una reunión de mediación. Al facilitador no se le requiere tanto que tenga competencias especializadas –de hecho no existen, en abstracto, competencias profesionales más adecuadas que otras para calificar la figura del mediador – sino, sobre todo, competencias lingüístico-relacionales, conocimientos jurídicos y criminológicos básicos, habilidades humanas, capacidad de escucha atenta y activa y de empatía, que son esenciales, en particular, cuando se practica la mediación según el modelo humanista (Morineau, 2018).

Así como la Recomendación da instrucciones sobre la importancia de la capacitación del facilitador, no se refiere en cambio a la conveniencia de promover la enseñanza de la justicia restaurativa en el contexto de la educación universitaria. El conocimiento de los fundamentos y métodos de la justicia restaurativa debe considerarse esencial para la formación del jurista y debería incluirse en el plan de estudios de derecho (Mannozi y Lodigiani, 2014).

La formación en justicia restaurativa, además de hacer que el jurista adquiera un horizonte de pensamiento más amplio y, con ello, sea capaz de contrarrestar la posible degeneración hacia un derecho penal autoritario, permite una comprensión más correcta del sistema penal y de la relevancia del papel de las víctimas; además, puede refinar la sensibilidad de los futuros magistrados y abogados con respecto a la reconciliación y los métodos restaurativos de gestión de conflictos.

Un enfoque científico de la justicia restaurativa, conformado mediante una integración mutua y constante entre la investigación y la enseñanza universitaria, también puede mejorar el estándar de capacitación de los mediadores/facilitadores y asegurar la adaptación constante a la “up-to-date evidence on effective training and facilitation practices” a que se refiere la Recomendación en virtud del art. 45.

En última instancia, la Recomendación de 2018 es un paso importante en la afirmación progresiva del paradigma de la justicia restaurativa. Al leerla, uno tiene la sensación de ser parte activa de esa apuesta colectiva sobre el futuro a la que se refería Martin Luther King y del que hoy habla Martha Nussbaum (2016: 275): construir, a través de un enfoque restaurativo que sabe ir más allá de la culpa para ver la responsabilidad, una comunidad en la que la reparación y, antes incluso, la corresponsabilidad y la acción cooperativa jueguen un papel esencial. Esto significa poner en el centro, humanísticamente, a la persona y su dignidad inalienable.



- Kilchling M., Parlato L., *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un "diritto alla mediazione"? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4188.
- Mannozi G., Lodigiani G.A., *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 133.
- Mannozi G., Lodigiani G.A., *Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.
- Morineau J., *L'esprit de la Médiation*, Erès, Toulouse, 1998.
- Morineau J., *La médiation humaniste*, Erès, Toulouse, 2016.
- Nussbaum M.C., *Anger and Forgiveness. Resentment, Generosity, Justice*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2016.
- Palazzo F., *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. Mannozi, G.A. Lodigiani (eds.), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, p. 67.

Commentary on the Council of Europe Recommendation (2018)8

Otmar Hagemann. Professor of criminology (University of Kiel).

A. Introduction and task

I was invited by the editors of this journal to comment on the Council of Europe's (CoE) recently published recommendations CM/Rec(2018)8 in favor of Restorative Justice (RJ) from a German perspective structured by the following aspects:

1. The impact on the development of restorative programs in Germany.
2. Is the development of restorative practices in your country beyond the standards established by the Recommendation? Which are the main challenges in your opinion?
3. Do you believe that legal reforms are required in order to achieve the objectives of the Recommendation or⁴ the focus (beyond law)



should be placed in more effective policies, budgetary issues, training or promoting a restorative culture among judges and practitioners?

4. Other comments.

During the decision process about accepting this offer I was relieved that I was asked about my subjective assessment. My background as a professor of sociology at Kiel University of Applied Sciences and as a member of the steering group on Restorative Justice by the Schleswig-Holstein Ministry of Justice might be different from the rating of other professions, e.g. lawyers, people in charge of implementation or German experts from other federal states (“Länder”).

Following this introduction I would like to emphasize some aspects of the current CoE-recommendation CM/Rec(2018)8 in criminal justice. Then I would like to focus more deeply on the situation in selected federal states of Germany (question 2) before dealing with the third question. Finally I would like to draw some personal conclusions.

B. Selected aspects of the current CoE-recommendation CM/Rec(2018)8 in criminal justice

The recommendations CM/Rec(2018)8 prepared by an elected working group of members of nine different countries was adopted by the Committee of Ministers on 3 October 2018. It consists of the recommendation itself referring to various achievements and potentials of RJ, earlier recommendations and guidelines both at European and United Nations level and an appendix of 67 articles. Thus the recommendations put itself into a broader context rather specifying particular aspects than inventing something completely new. The appendix is subdivided into seven main sections:

- **Scope of the Recommendation (I)** = first 2 articles,
- **Definitions and general operating principles (II)** = articles 3 to 12,
- **Basic principles of restorative justice (III)** = articles 13 to 20,
- **Legal basis for restorative justice within the criminal procedure (IV)** = articles 21 to 24,
- **The operation of criminal justice in relation to restorative justice (V)** = articles 25 to 35,
- **The operation of restorative justice services (VI)** = articles 36 to 53, and



- **Continuing development of restorative justice (VII)** = articles 54 to 67.

The scope is quite comprehensive not limited to the criminal justice system (CJS) only. In the second section terms are defined beginning with RJ itself in article 3:

“Restorative justice” refers to any process which enables those harmed by crime, and those responsible for that harm, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the offence, through the help of a trained and impartial third party (hereinafter the “facilitator”).

For the purpose of this recommendation the use of RJ is restricted to crime contexts (see broader approach by Shapland *et al.* 2011: 4), but possibly in a “maximalist” (Walgrave 2008) understanding. “Active participation” always points to the ownership⁵ principle as it was outlined by Christie (1977). The question, whether RJ can be considered a theory / philosophy – which seems to be the general background in this recommendation – or a method (7th paragraph in the recommendation itself) remains open. I appreciate very much the explicit mentioning of “victim-offender mediation, penal mediation, restorative conferencing, family group conferencing, sentencing circles or peacemaking circles, *inter alia*.” as concrete procedures in Art. 5 because up to date there is often some confusion whether mediation should be used only for a small setting of less than 5 persons or as a superordinate concept which includes conferencing and circles as well. However, according to Art. 8 there are also “practices which do not involve a dialogue between victims and offenders”. These “may still be designed and delivered in a manner which adheres closely to the basic principles of restorative justice (see Sections III and VII).” The same Art. 8 allows applications inside and outside of the CJS. From my point of view only Art. 11 subsuming victim support services under “criminal justice agencies” is a bit irritating. I welcome very much that section III outlines again the basic principles of RJ. Much too often we are facing programs claiming themselves to fall under the RJ philosophy but do not meet the criteria of Art. 13 to 16. However, Art. 17 stressing the confidentiality of RJ processes seems to be in contradiction with Art. 49 which demands that “facilitators should convey information about imminent or serious crimes which might come to light in the course of restorative justice” procedures.⁶ Art. 53 elaborates on this by using the

5 The term stakeholder is used in Art. 13.

6 Art. 49 demands facilitators – or other staff of service providers to inform the authorities.



term “obligation” but restricting this to cases where RJ “will have an impact on judicial decisions”. In my opinion these formulations might lead to some relief on the facilitators’ side but a dilemma for participants who must control carefully which information could be disclosed. This might be difficult to do if stress and trauma causing hardly controllable emotions are involved.

Coming from the criminal justice system’s background the resolution sees mainly the actors of the CJS as referrers but explicitly mentions also self-referrals (art. 19). Under the rules of section IV grievance procedures are mentioned and the fact that legal guardians must have access to RJ procedures involving minors. Section V specifies the operational circumstances. Art. 27 calls for “as many people as possible to participate”, a clear demand to use conferencing and circle procedures. Art. 28 states that trained facilitators, not necessary lawyers should assess the suitability of RJ procedures in a given case. According to Buntinx (2015: 107) the best way would be to let the potential participants decide, of course on a best-informed basis. The participation in RJ should not constitute an offender’s admission of guilt (Art. 30) and “not be used as evidence” thereof! Section VI further specifies operational issues. It deals with standards and qualification of the service providers and stresses the needs and interests of the parties involved (Art. 46), especially if trauma or addiction is a subject (Art. 48). I appreciate the idea of meeting standards but what qualifies the competence of which authorities? (Art. 36 + 37) In Germany, our national legislation set up the TOA-Servicebüro in 1992 which has developed standards – in 2017 the 7th revision was published. However, in some countries this could be a point of concern because the intention of the recommendations can be undermined by inappropriate forms of control! On the other hand Art. 39 calls for (independent) research and evaluation.

Facilitators should be trained adequately (Art. 42 + 43). I think they could be overburdened with the task of ensuring proportionate, realistic, and fair agreements. Of course, it is necessary to avoid agreements which discriminate against the victim or the offender, particularly in highly debated areas as violence against vulnerable people. However, the logic of mediation which can be applied here, too, sees the responsibility for fair processes in the hands of facilitators but the responsibility for an appropriate outcome must be taken by the parties or by third persons supporting the parties, e.g. lawyers. Otherwise

It is in accordance with the legality principle of legalistic systems but not with professional standards of mediation. Facilitators might become assistants of law enforcement. The consequences for openness and trust in RJ procedures are discussed in the case of police-facilitated conferencing!



the principle of ownership of the participants would be violated. I have witnessed myself attempts of prosecutors to bind facilitators at a specific minimum outcome. According to my opinion that is not RJ.

Agreements do not have to be documented in written form (Art. 51), but should be based on the parties' own ideas (Art. 52). The final section VII deals with continuing development of RJ and asks explicitly for using it also in prisons (Art. 60 + 61). Art. 63 calls for liaison personnel for victims in CJS institutions, e.g. prisons. Art. 65 appeals to all of us and all actors in the CJS to increase awareness for benefits of RJ. In Art 59 "community reparation schemes, reparation boards, direct victim restitution, victim and witness support schemes, victim support circles, therapeutic communities, victim awareness courses, prisoner or offender education, problem-solving courts, Circles of Support and Accountability, offender reintegration ceremonies, and projects involving offenders and their families or other victims of crime, *inter alia*" are listed as "innovative approaches to reparation, victim recovery and offender reintegration". Art 57 pleads for awareness rising of "all staff and managers from judicial authorities and criminal justice agencies, as well as criminal justice professionals, in relation to the principles of conflict resolution and restorative justice, so that they understand these principles and are able to apply them in the course of their day-to-day work." And RJ "may be applied where there is a conflict between citizens and police officers, between prisoners and prison officers, between prisoners, or between probation workers and the offenders they supervise. They may also be applied where there is a conflict between staff within judicial authorities or criminal justice agencies."

All in all, with the exception of some specific rules mentioned above the recommendations deserve to be supported broadly!

C. Situation in selected Federal States of Germany

The reader should take into account that the Federal Republic of Germany is a quite complex and complicated country when it comes to assess the reality of the criminal justice system and its achievements (see also Dünkel *et al.* 2015). There is a Criminal Law and a Code of Criminal Proceedings for the whole country. The Criminal Law consists of a general criminal law for adults (StGB) and a specific law (Youth Courts Act, JGG) for juveniles from age 14 to 18 which can be extended to young adults up to their 21st birthday at the time of committing their offenses. Since 2006, the federal states are responsible for penal law legislation, regulating all questions of imprisonment and enforcement



of ambulant sanctions.⁷ Rowe & Turner (2016) for example, who give a very informative overview about the German situation expect homogeneity for the whole of Germany. But why? In the United Kingdom there are also different legislations for England and Wales, Scotland and Northern Ireland and EU citizens are able to cope with diversity in details, too. Thus, there are different legislations at state level which is important for answering the questions. Even the institutional organizations offering services for victims and offenders and the cultures can differ from one state to another.

Because of this heterogeneity I will base my statement regarding the second question only on the situation in 7 out of the 16 federal states, namely Schleswig-Holstein, Baden-Württemberg, North-Rhine-Westphalia, Lower Saxony, Berlin, Hamburg and Bremen representing 55,4% of all inhabitants of Germany.

Specificities of selected Federal States regarding RJ at pre- and post-sentencing levels

Schleswig-Holstein (SH):

To start I would like to focus on my home state of Schleswig-Holstein (2.9 million inhabitants) in the north of Germany. Our criminal courts are very reluctant sending people into prisons – the imprisonment rate of 40 prisoners per 100.000 inhabitants (1150 at 31.11.2016) resembles the Scandinavian countries much more than the rest of Germany with a rate of 76 (World Prison Brief, accessed 13.11.2018). Furthermore, criminal justice organizations as *Bewährungshilfe*⁸, *Gerichtshilfe* (court aid), social service in prisons and so-called “independent NGOs” (supporting either victims or offenders and/or offering RJ) are separate organizations. In the other federal states *Bewährungshilfe* and *Gerichtshilfe* are integrated. This is not only a marginal organizational aspect since the self-concept of the *Bewährungshilfe* (at least in SH) is mostly partisan on the side of the offender whereas *Gerichtshilfe* addresses both offenders and victims including the offer of victim-offender-mediation (VOM).⁹

7 Constraints given by German Constitution (Basic Law), European Convention on Human Rights and EU Charter of Fundamental Rights according to the Lisbon Treaty in 2009 and EU-Victims Directive (2012/29/EU) of 2012.

8 Probation service in a narrow sense as a Governmental Organization (GO) – thus different from the English meaning of probation which includes also NGOs.

9 From a victimological point of view it must be stated that German GOs are mostly concer-



In the administrative area of one (out of four) district court Itzehoe a conferencing scheme was set up by the author and a local judge in 2006 (Hagemann 2009). After some conceptual modifications it is still offering Family Group Conferencing in juvenile crime cases (Nöthe & Hagemann 2018) and was evaluated in 2016 (Hagemann & Göckritz 2017). Cases are mainly at pre-sentencing level but, noteworthy to mention, also post-sentencing cases. This was the first German conferencing project handling criminal cases and despite positive outcome unfortunately only few other projects have been set up since then (e.g. in Stuttgart and Cologne).

Between 2010 and 2015 an action research project with several European partners (e.g. from the UK, Spain and Portugal) tried to improve the use of RJ qualitatively and quantitatively in SH. Concerning a rise of numbers the success was limited but several innovations have been accomplished. Among these was the promotion and implementation of post-sentencing VOM – even involving prisoners.

In the prison act „Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe in Schleswig-Holstein (Landesstrafvollzugsgesetz Schleswig-Holstein - LStVollzG SH) vom 21. Juli 2016”¹⁰ particularly § 21 Ausgleich von Tatfolgen explicitly demands RJ (see commentary by Arloth 2017 relying on the SH-Landtagsdrucksache 18-3153 of 30.6.2015). Furthermore a law about juvenile detention (JArrG SH) has passed legislation under the auspices of Minister Spoorendonk (2012-2017). During that time a “qualification offensive for mediation professionals” was realized, victim awareness trainings (VAT) were held in prison and group work with victims (STD) was field-tested (Lummer 2015).¹¹

Although SH offers a number of victim support initiatives which are worth mentioning in regard to the Victims’ Directive 2012/29/EU¹² most of

ned with offenders’ affaires whereas victim support is offered by NGOs in all German states. This can be attributed to historic and organizational reasons because offender support is much older than victim support which emerges in the 1970s and responsibility for offenders is a domain of ministries of justice.

10 The youth prison act (JStVollzG SH) for young people sanctioned to imprisonment after JGG from 2007 does not contain comparable regulations in favor of RJ.

11 Since then the momentum has deteriorated but VAT is still offered regularly in two prisons. Today a “family-friendly prison” (see Art. 59 of CM/Rec (2008) 8) is the focus of the new government.

12 E.g. the German-wide best practice network approach of KIK (concept of crisis intervention) and a rather early and comprehensive effort of “psychosocial support during the proceedings”, see § 406h StPO and PsychPbG.



them operate on a partisan basis not aiming at RJ. However, there is a women's shelter in Lübeck which is conceptualized after the Dutch orange houses (and a similar institution in North-Rhine-Westphalia: Hexenhaus Espelkamp) where in the future restorative encounters with the perpetrators might be carried out. From time to time the SH Government publishes a victim protection report, most currently in 2017 (4. Opferschutzbericht).

Baden-Württemberg (BaWü)

From BaWü (11 million inhabitants) came a very early demand for a victim-oriented prison system (Wulf 1985) but today the term “victim” is hardly mentioned in the prison act (for adults only in § 2, for young persons another time in § 5). However, in practice there are some forms of RJ, e.g. post-sentencing VOM in prison (Kilchling 2017).

BaWü was the sole federal state which run since 2003 juvenile “detention in free forms” (§ 7 JVoVollzG IV -Ba-Wü) which sounds as a contradiction in terms. It means that young prisoners serve the first part of their sentence in a traditional youth prison before being transferred to this open institutions which are run by the NGO Chance e.V. in Creglingen (Walter 2009) and in the “Seehaus Leonberg” in close cooperation with Prison Fellowship (which supports RJ in general). The question is whether this voluntary involuntary stay can be subsumed under RJ, particularly to which extent RJ principles and values are realized? Viewed from a maximalist perspective (Walgrave 2008) it can be justified to do so because of the underlying philosophy of respect, Positive Peer Culture and Christian values and the adjustment with a “normal life” everyday existence. Moreover, some RJ programs as the Sycamore Tree Program (victim-awareness-training), dialogues with victims are practiced and VOM are implemented.

There is also a Christian orientation project „cloister/monastery in prison “using meditation which claims to fall under restorative justice (Büttner 2013: 63). See also Toews (2016) for the necessity of inmates to find “serenity places” in order to open up for RJ.

Furthermore a circle project was set up in cooperation with the NGO Handschlag in Tübingen/Reutlingen (Ehret 2013; Weitekamp 2016).

In BaWü, since 2007 the Bewährungshilfe (probation service in a narrow sense) was run by a private company, the Austrian organization NeuStart, which evolved from a former GO for probation services. However, about half of the nearly 400 probation officers in BaWü were civil servants (Beamte). Despite a positive evaluation of the work done in 2014, a court ruled that the



183 civil servants could not be instructed by private company supervisors¹³ and thereupon in 2015 the government decided to end the privatization. Today, the GO Bewährungs- und Gerichtshilfe Baden-Württemberg (BGBW) runs nine local institutions with some branch offices to guarantee liaison and support close to the residences of the probationers.

North-Rhine-Westphalia (NRW)

Only in North-Rhine-Westphalia (17.9 million inhabitants) the position of an independent prison commissioner (a kind of ombudsman) was created in 2010. Michael Walter, who held this position 2011-2013 committed himself to a victim-related prison constitution (Der Justizvollzugsbeauftragte des Landes NRW 2013), which is outlined by § 8 of the act. Each prison has an extra-official victims' commissioner¹⁴ assigned with the liaison task for victims' issues and requests. According to § 406 d StPO some victims are entitled to information about "their" offenders which must be requested from the authorities. Furthermore Walter (2013) has detected local prison cultures by analyzing data on different handling of disciplinary problems in four youth institutions all falling under the same legal regulations. Thus, there seem to be limits to harmonization even in the same state.

The prison of Schwerte is a particular model institution which offers RJ in the form of supporting mediation requests of prisoners with their victims from outside and also victim awareness courses. The prisoners' magazine "Kuckucksei" discusses the introduction of victim-oriented and RJ programs critically but supports it (e.g. Kuckucksei¹⁵ 2/2012; Dennis W. 2017 – a participating prisoner).

Lower Saxony

13 Bundesverwaltungsgerichts vom 27.11.2014

14 "Extraofficial" indicates that it is just a side task for the person on duty, which is an "ordinary" employee. However, this person is named as contact person for all victim-related questions, among them requests from outside for information or contact regarding a particular prisoner. Mostly it is used by victim support or lawyers of victims regarding information rights.



In Lower Saxony (8 million inhabitants) - like in NRW - there is an extra-official “victims’ commissioner” in each prison. In addition as a result of a close co-operation between the foundation “Opferschutz” and the NGO “Weißer Ring” this Federal State has been able to establish 11 victim support offices (one in every district), which among other things helps victims to accomplish the legal rights for information arising from victim protection act. In the prison of Oldenburg victim awareness trainings and circles for victims and offenders (OTG) are run, see Kleinhans (2013). OTG means victim-offender-dialogue in groups and is composed of Sycamore Tree-elements as the program is done in Leonberg and elements used in the STD-group from Schleswig-Holstein. After three meetings in each separate group of offenders and of victims there are three more common meetings. Victims and offenders are from different crime-events, thus, not directly related.

The Ambulante Justizsozialdienst Niedersachsen (AJSD, 450 staff) is presented as a fourth pillar of criminal justice alongside with courts, prosecution offices and prisons. Its duties are probation and court aid (including mediation, avoidance of imprisonment for failure to pay a fine and accompanying victims and their caring others) and supervision of conduct (Führungsaufsicht) plus treatment programs, e.g. for sex offenders. The AJSD includes both elements of RJ but also risk management.

Berlin

In its legislation regarding adult imprisonment Berlin (3.6 million inhabitants) does not use the term “victim-related” but “injured-party-oriented” prison regime (§ 7 StVollzG Bln)¹⁶ whereas the law for juveniles from 2007 resembles the old one of SH (see § 3 JStVollzG Bln) and uses the term “victim”.

A very interesting pilot project of court mediation in disputes between prisoners and the prison authority was launched in 2009 (see Schammler 2008; Vogt & Vogt 2015; Fricke 2016). If prisoners are involved in mediation it is usually between them and their victims, mostly of the offences which led to their imprisonment. However, there are conflicts with fellow inmates, with prison officers or with particular elements, decisions and activities of the prison regime. Often the legal recourse consumes a lot of time and energy without even leading to satisfactory solutions. Mediation can provide a better alternative but

16 Language is not an irrelevant issue. The German term “Opfer” is often rejected by the people because of its religious connotation with sacrifice (Hagemann 2012: 48; Wemmers 2009: 33)



requires the voluntary acceptance from both sides which can pose a serious challenge on the side of the authorities which for many issues do not have a wide leeway in decision-making because they have to follow the principle of legality and there is always the risk of unequal treatment. Nevertheless, in other countries there have been similar attempts to solve at least personal conflicts at this level by VOM.

In some parts of the city (e.g. Neukölln) with the help of native Canadian „peace maker“ Harold und Phillip Gatensby NGOs have established circle projects both for crime cases and for neighborhood disputes (Ammar 2014; Langner 2017); <https://www.jakus.org/nachbarschaftszirkel.html> 24.11.2018). Regarding child protection and family problems family group conferencing is run in cooperation of NGOs and child welfare authorities in several districts of the city.

Regarding victim support there is a specific project for gay and bisexual men (Maneo) operating already since 1990. In 2012 Berlin as the first federal state has invented the position of a victims' commissioner as a honorary clearing post between other state authorities responsible for victims' and offenders' issues. Among others he regularly publishes a report on the situation of crime victims (Weber 2018).

The Social services of justice seem to be similar to others in city states.

Hamburg (1.8 million inhabitants)

Although in 1996 the author has introduced victim awareness training in a socio-therapeutic prison of Hamburg (Hagemann 2004) today RJ programs are neither traceable in prison nor in ambulant offender support organizations.

Run by GOs there are two services addressing either adults or young persons regarding services of probation and court aid (in the latter case the judicial state service for adults is supplemented by the juvenile court aid, which is a communal service and therefore in responsibility of counties in the big federal states – in the cases of Hamburg, Berlin and Bremen such a decentralization does not occur because the city and the state cover the same territory). These GOs are also responsible for placing sentenced offenders in community work.

Furthermore there is an association for offender support which aims at an integrative and human way to help offenders with all kinds of challenges



aiming at reintegration and avoiding recidivism. However, there is no mentioned association of Restorative Justice or inclusion of victims.

Victim support organizations are also offering their services in Hamburg but there does not seem to be any dialogic activity involving offenders. As in Berlin for child protection and family problems family group conferencing is offered in cooperation of NGOs and child welfare authorities in all districts of the city. There are also offers for VOM.

Bremen (0.7 million inhabitants)

In Bremen VOM was already introduced in 1988. A rather unique initiative¹⁷ at that time was mediation in the neighborhood (“Soziale Mediation”, Winter 2003), not necessarily connected to crime. Since many years it has been quite active in the post-sentencing RJ field on a conceptual level (Matt & Winter 2002) but probably less so in practice. Bremen was part of the European Mediation and Restorative Justice in Prison Settings (MEREPS) project (Hartmann *et al.* 2012; 2013) and has run a pilot project in JVA Oslebshausen with 27 prisoners and 22 victims from which only 7 VOM emerged. Hartmann *et al.* (2011) found more preparatory work needed, more complicated processes, big troubles to locate victims and that the prison was not well prepared to receive them. They recommend administrative changes, better information about RJ and further qualification for prison officers, and assigning experienced mediators.

An internet search does not lead to results for either VOM or RJ in the field of ambulant offender support by governmental and non-governmental organizations nor in prison. The only exception was a short notification of VOM services and help in domestic violence cases in a brochure for released prisoners (Freie und Hansestadt Bremen, Senator für Justiz und Verfassung (2015). Checkheft Haft Entlassung Übergang. Bremen.).

To sum up

Regarding the German status quo of RJ implementation¹⁸ we see a diverse structure of the 16 federal states but neither a race to the bottom (Dünkel &

17 See a similar project “Besser streiten” (Tengeler 2003) which was run in Hamburg from 1999 for a couple of years.

18 Sometimes top down like in SH where the General State Prosecutor has promoted RJ since



Schüler-Springorum 2006) nor a leading position; instead a competition to achieve best practice (Dünkel *et al.* 2010: 31). It should be credited that the development of RJ started already in the 1980s. Diversity can be seen critically but I am more concerned about the stagnation of RJ implementation and use. Hopefully CoE's initiative comes in the right time for new impulses and strengthening activists and their often small and marginalized projects. In most federal states there are approaches and projects – often limited to one center/model/pilot. They focus most notably on the offenders' perspective but to a lesser degree also at victims' point of view. These projects can be empowered by the CoE-recommendations. In every/each Federal State of Germany pre-sentencing VOM is offered free of charge¹⁹ both in the sphere of juvenile criminal law and in general criminal law. As there is no restriction neither regarding the point in time of such an initiative nor concerning the type of victimization/offense and self-referrals of victims and offenders are possible, too, VOM can be used in each stage/phase of the proceedings – including at post-sentencing level – and even if there are no criminal proceedings at all. However, in actuality there are not many cases at post-sentencing level. From the legal point of view there is no restriction as to how a VOM is carried out; it can also be a conferencing or circle setting²⁰. As stated earlier “in practice though, we see relatively low allocation rates (partly unsuitable cases) and a monoculture of VOM” (Lummer *et al.* 2012: 28)! The case numbers fluctuate somewhat but there is no trend of increase (Hartmann *et al.* 2016).

At post-sentencing level some federal states promote the concepts of „victim-oriented prison regime“ (or injured person focused prison respectively) and „family-friendly prison regime “ – the question is whether these are related to RJ? The first concept puts the victims (and potentially their caring others) into focus and also the community of care related to the prisoners. The latter seems to rely more on the traditional offender-oriented perspective of reinsertion and re-entry support and must not be restorative but can be related to Art. 59 of the CM/Rec (2018)8.

a very long time.

19 For VOM with juvenile delinquents the communal level of cities and counties have to bear the costs as it belongs to the duties of juvenile welfare services; for adult defendants the NGOs operating in this field are paid by the federal states.

20 However, in cases with minors specific measures must be taken concerning confidentiality of the procedure. All participants must sign an agreement to commit themselves to confidentiality and the parents / care-takers of the minors must agree with the presence of other people in such a procedure.



Similar to the nationwide prevalence of JGG, StGB and StPO, the legislation regarding victims and victim assistance is valid for the whole of Germany. However, differences in the practical implementation might occur (e.g. different funding for women's shelters and also for psychosocial support during the proceedings, the most recent innovation valid since 1.1.2017 (PsychPbG)). Since 2004 according to § 406 d Abs. 2 Satz 2 StPO victims are entitled to get information about their offenders on request. In many federal states anonymous medical investigations are possible to give victims a chance to provide evidence but decide upon informing the police later. The most important right from victim's point of view is the entitlement for victims of serious victimization to private accessory prosecution which gives them the full rights of participating as a party in criminal proceedings.

D. Conclusion and recommendation

Which legal reforms are required in order to achieve the objectives of the Recommendation?

1. Taking up my task outlined by the introductory questions it must be stated that some legal reforms could indeed be helpful. The regulation in the New Zealand *Young Persons and Their Families Act* that a FGC has to be attempted before a case will go to the court is very promising²¹. Northern Ireland went into the same direction with its youth criminal law and Belgium took a first step by making an explicit justification obligatory if prosecutors (first level after police investigation resulting in putting a charge or finding an alternative way to deal with the case) or judges (second level after a case is brought to court) decide not to try RJ (Walgrave 2011). The existing German rule of § 155a StPO is too soft.
2. Modeled on Gender-Mainstreaming we should strive for Restorative Mainstreaming in questions of criminal justice and neighboring areas of conflict handling (Hagemann 2017)! Such a principle would ensure that all relevant laws would be checked whether the involved life-world actors and their communities of care are offered enough realistic opportunities for restorative solutions (including professional support) before a criminal court decision is made.

21 Germany has such a rule for neighborhood disputes which seems to work well.



3. I am proposing a change in § 53 StPO. Facilitators of RJ must get a right to refuse testimony on professional grounds and be placed in a comparable position as drugs dependency counselors. Furthermore, for members of the police who participate in conferences or circles there should be a partly exception of the legality principle **not** forcing them to investigate unknown offences which come to the surface during these discussions.
4. In theory existing legal regulations may nearly suffice already. However, even for lawyers it is sometimes difficult to fully understand the legal situation and given opportunities (Ladenburger 2013) concerning the factual evasion of accessory prosecution by courts). According to § 406d StPO some aggrieved persons have a right of notification regarding some aspects of the offender (e.g. place of imprisonment, early release). There seems to be a need of revision in terms of practical issues (e.g. data protection).
5. According to my knowledge RJ is not part of lawyers' education at German universities. Only in the second practical phase some information might be interspersed sporadically, mostly when it comes to dialogues with mediators. How can a restorative philosophy flourish under such a condition, the more so since further qualifications during the professional career are mostly on a voluntary base.

Which additional activities focusing on more effective policies, budgetary issues, training or promoting a restorative culture among judges and practitioners (including other comments) are recommendable?

1. A core aspect of promoting a restorative culture is the question of how the awareness of victims and offenders and all ordinary people for the opportunities of RJ can be raised to get more self-referrals? It is necessary to raise awareness for benefits of RJ (e.g. social peace, Hagemann 2017; and better health, Strang 2013) in victims, offenders and their supporters/community of care (among others their legal representatives). In addition the knowledge of professionals in the police, the CJS, the health system and all other people who because of their contact with victims and offenders could be potential referrers should be promoted further. Especially in offender support and in victim support we can still find a lot of prejudiced attitudes against RJ leading to resistance of therapists and problems of cooperation between RJ providers and victim support agencies. Our English partners found that many relatives and friends discouraged victims from taking part in RJ procedures (Emerson & Hallam 2015).



2. Probably a systematic collection and dissemination of successful practice accessible for either all citizens or at least all professionals with close contact to victims and offenders or their caring others could help to overcome the gap. An accompanying public relations campaign – perhaps modeled after that one of the victim organization Weißer Ring which seems to be known by the majority of citizens – can help to gain a more realistic understanding. We might even think about systematic inclusion of this knowledge, methods and the underlying philosophy in general education (many schools use already RJ procedures, often without integrating its underlying theory in the formal education). The concept of restorative cities should be taken into account.²²
3. According to van Camp & Wemmers (2013) pro-active addressing of victims will increase their willingness to participate in RJ. Are more effective policies possible, e.g. increasing efficiency of proceedings? In SH on average it took 60 days from the victimization / offense via criminal justice until a case became known to the RJ service (Hagemann & Göckritz 2017: 36). The New Zealand law orders a conference to be scheduled within 14 days!
4. Regarding features of RJ providers and training of RJ-facilitators improvements are also advisable. NGOs offering RJ should at least employ two facilitators because some cases are very complex and require techniques which could not be used acting as a single mediator.
5. To overcome the monoculture of VOM a wider variety of RJ methods and procedures should be available. Therefore, the training of mediators/ facilitators should provide them with a broader scope of techniques. Framework conditions to apply the tool bag of procedures/ techniques should be supplied. Due to the lack of nonverbal communication indirect mediation should only be used if a direct communication between the parties is not possible.
6. Usually it is best when RJ procedures are carried out by independent services/ facilitators. However, in prison settings it might also be possible (and more simple) to assign specifically qualified prison officers

22 There are transitions between conflicts in schools and in everyday life (problematic situations) to what we can frame as crimes, see Hanak *et al.*



or even trained inmates for such tasks depending on being trusted²³ by the parties.

7. Aftercare should be an essential part of the RJ procedure. If it is just a one-point event and not well integrated in everyday practice (e.g. in prison, if all other structures stay unchanged) then it is more difficult to realize positive consequences.
8. Although additional money is rarely disadvantageous financial issues are perhaps not of primary importance because the current demand of RJ services can be met by the existing NGOs which can dispose of a regular allowance. Should an increase in demand be achieved then, of course, additive funding for RJ programs will be necessary. These could be allocated cost-neutral by savings in other domains of the CJS because of lower recidivism and informal solutions (see Shapland *et al.* 2011). In any case shifting funds from pre-sentence to post-sentence RJ must be avoided!

E. Final Remarks

It has been questioned whether RJ is compatible with the prevailing CJS because some justice principles as equality and proportionality cannot be guaranteed when the parties themselves decide about outcomes. Using Habermas' terminology (1981) it must be stated that RJ is part of the life world of the people whereas the prevailing CJS is a part of the system which tends to colonize the life world. The ownership notion makes clear that neither the professionals nor the criminal justice system rule RJ processes. On the contrary relatively powerless facilitators help the participants to find constructive, sustainable, future-oriented and peaceful solutions. Although the system is inherently possessive many attempts in favor of victims are grounded in the system's logic, e.g. the British Victims' Charter and the above mentioned German laws. We are nevertheless facing increasing alienation processes which contribute to populism. Restorative Justice is deeply rooted in democratic thinking/acting (Braithwaite 1994), in respect of the dignity of others and underlines human rights philosophy as well for victims and offenders as for all other community members. It adds to the credit of the Council of Europe to remind all policy makers, researchers and ordinary people at a common European culture of peace within societies and between

23 Furthermore it must be guaranteed that the facilitator is not put to any risks by this voluntary duty.



them. RJ has hardly a lobby in the public discourse which focuses more on punitivity. We should not expect that professionals will give up their power. Instead as with any democratic issue it is up to the people using these opportunities. Unfortunately there are only few self-referrals to RJ. In Germany, more than 90% of the cases are initiated by the CJS and its professionals, respectively. Many prosecutors and judges are already aware of the benefits for the social peace²⁴ and RJ's potential for healing (Strang 2013). The CoE has underlined that participation in RJ should be fully voluntary. RJ should be offered at every stage of the proceedings and be equally available for all target groups not depending on the type or severity of a victimization/ crime. I am convinced that the recommendation is appropriate to regain RJ's momentum and thus, I appreciate the initiative of the CoE. Especially the demand for evaluation and research – which after some less positive experiences has also been implemented in the EU Victims' Directive – might ensure to keep the healthy fire burning.

References

- Ammar, Mounira (2014). *Peacemaking Circles & Young Refugees: Building Resilience in Germany*. Tübingen: EKV Institut für Kriminologie.
- Arloth, Frank & Krä, Horst (2017). *Strafvollzugsgesetze Bund und Länder: Kommentar*. 4. Aufl. München: CH Beck.
- Braithwaite, J. (1994). Thinking Harder About Democratising Social Control. In: Alder, C. & Wundersitz, J. (eds.), *Family Conferencing and Juvenile Justice: the Way Forward or Misplaced Optimism?* S. 199–216. Canberra: Australian Institute of Criminology.
- Büttner, Susanne (2013). *Kloster im Gefängnis – Erfahrung und Ausblick*. In: Greifenstein, Karin & Faber, Martin (Hrsg.). *Reader GefängnisSeelsorge*. Hannover: Selbstverlag der Evangelischen Konferenz für Gefängnisseelsorge in Deutschland, Heft 20, S. 52– 59.
- Buntinx, K. (2015). *Belgium: A Murder Case*. In: Lummer, R.; Hagemann, O. & Reis, S. (Eds.). *Restorative Justice at Post-Sentencing Level in Europe*. Kiel: SH Verband für soziale Strafrechtspflege. S. 106–108.
- Christie, Nils (1977). *Conflicts as Property*. In: *The British Journal of Criminology* 1977, 17, 1–15.

24 This term refers to inter-individual peace, peace in the surrounding personal fields or in the community and peace from a law point of view (Kerner 2013: 433).



- Dennis W. (2017). „Mitgerissen oder den Tränen nahe ...“ Regionalkonferenz NRW. In: *Aufschluss*, 4 (87), S. 82
- Der Justizvollzugsbeauftragte des Landes NRW (2013). *Tätigkeitsbericht des Justizvollzugsbeauftragten des Landes NRW 2012*. Köln.
- Dünkel, Frieder & Schüler-Springorum, H. (2006). Strafvollzug als Ländersache ? Der “Wettbewerb der Schäbigkeit” ist schon im Gange! In: *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe* 3, 145 – 149.
- Dünkel, F.; Grzywa-Holten, J. & Horsfield, P. (Eds.)(2015). *Restorative Justice in Penal Matters – A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Ehret, Beate (2013). Friedenszirkel als Modell der Restorative Justice im Strafvollzug. Wiederherstellung von Gerechtigkeit? In: *TOA-Magazin*, Sept. 2013, S. 36-40.
- Emerson, G. & Hallam, M. (2015). Thames Valley pilot project. In: Lummer, R.; Hagemann, O. & Reis, Sónia (Eds.). *Restorative Justice at post-sentencing level in Europe*. (60-73) Kiel: SH Verband für Soziale Strafrechtspflege.
- Fricke, Lioba (2016). Mediation im Strafvollzug. Eine gesunde Alternative für die Regelung von Konflikten zwischen Anstalt und Gefangenen? In: Ochmann, Nadine; Schmidt-Semisch, Henning & Temme, Gaby (Hrsg.). *Healthy Justice. Überlegungen zu einem gesundheitsförderlichen Rechtswesen*. Wiesbaden: Springer VS (S. 207-227).
- Habermas, Jürgen (1981). *Theorie des kommunikativen Handelns*. 2 Bände. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Hagemann, O. (2004). “Opfer” im Blickpunkt von Strafgefangenen. in: *Freiheit und Unfreiheit. Arbeit mit Straftätern innerhalb und außerhalb des Justizvollzuges*, hrsg. von G. Rehn, R. Nanninga und A. Thiel (Hrsg.), Herbolzheim: Centaurus. (S. 397-421)
- Hagemann, O. (2009). „Gemeinschaftskonferenzen“ in Elmshorn - The First German Family Group Conferencing Project in Criminal Matters. In: Hagemann, Otmar, Schäfer, Peter & Schmidt, Stephanie (Eds.). *Victimology, Victim Assistance and Criminal Justice*. Mönchengladbach: Fachhochschule Niederrhein Verlag (pp. 233- 243).
- Hagemann, O. (2012). Restorative Justice in the Context of Victim Needs and Coping Strategies of Victims. In: Lummer, R. / Nahrwold, M. / Süß,



- B. (eds) (2012). *Restorative Justice - A Victim Perspective and Issues of Co-operation*. Kiel: SH Verband für Soziale Strafrechtspflege. S. 46-67.
- Hagemann, O. (2017). Restorative Justice at post-sentencing level - a delayed way to social peace? In: De La Cuesta, José Luis; Subijana, Iñaki; Soletto, Helena; Varona, Gema & Porres, Izaskun (Eds.). *Justicia Restaurativa y Terapéutica. Hacia Innovadores Modelos de Justicia*. Valencia: tirant lo blanche. Pp. 275-304.
- Hagemann, O. & Göckritz, J. (2017). Neues vom Conferencing in Strafrechtsfällen. In: TOA-Magazin 03/17 (November), S. 34-37.
- Hartmann, A.; Haas, M. & Geyer, J. (2011). Restorative Justice und Täter-Opfer-Ausgleich im deutschen Strafvollzug: Ergebnisse einer Befragung unter JVA-Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Rahmen des Forschungsprojektes 'Mediation and Restorative Justice in Prison Settings'. Bremen: Project Report.
- Hartmann, A., Haas, M., Steengrafe, F., Geyer, J., Steudel, T. & Kurucay, P. (2012). Prison Mediation in Germany. In Barabás, T., Fellegi, B. & Windt, S. (Eds.). *Responsibility-Taking, Relationship-Building and Restoration in Prisons. Mediation and Restorative Justice in Prison Settings*. (205-261) Budapest: P-T Mühely.
- Hartmann, A., Haas, M. & Steengrafe, F. (2013). Täter-Opfer-Ausgleich im Strafvollzug – Ergebnisse des MEREPS-Projektes. *Bewährungshilfe* 60, 39-55.
- Hartmann, Arthur; Schmidt, Marie; Ede, Katja und Kerner, Hans-Jürgen (2016). Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleich-Statistik für die Jahrgänge 2013 und 2014. Bericht für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Berlin: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Berichte/TOA_in_Deutschland_2013_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=1 accessed at 24.11.2018
- Kerner, Hans-Jürgen (2013). Establishing new minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime (Directive 2012/29/EU): a promising step also for the further development of restorative justice initiatives and institutions in Europe. In: *Restorative Justice: An International Journal*, 1(3), 430-437.



- Kilchling, Michael (2017). Täter-Opfer-Ausgleich im Strafvollzug. Wissenschaftliche Begleitung des Modellprojekts Täter-Opfer-Ausgleich im baden-württembergischen Justizvollzug. Berlin: Duncker & Humblot.
- Kleinhaus, Elke (2013). Täter-Opfer-Ausgleich in der Haftanstalt. Ein Erfahrungsbericht aus dem Landgerichtsbezirk Oldenburg. In: TOA-Magazin, Nr. 1, S. 59-62.
- Ladenburger, Petra (2013). Strukturelle und praktische Defizite der institutionalisierten Opferhilfe. In: Barton, Stephan & Kölbl, Ralf (Hrsg.). Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts - Zwischenbilanz nach einem Vierteljahrhundert opferorientierter Strafrechtspolitik in Deutschland. Baden-Baden: Nomos.
- Langner, Volker (2017). Von der Magie des Kreises und der wundersamen Wirkung des Geschichtenerzählens – Nachbarschaftszirkel in Berlin-Neukölln. In: NDV, H5, S. 228-232
- Lummer, R. (2015). Schleswig-Holstein Pilot Project. In: Lummer, R.; Hagemann, O. & Reis, S. (Eds.). Restorative Justice at post-sentencing level in Europe. Kiel: SH Verband für Soziale Strafrechtspflege. S. 74-81
- Lummer, R., Hagemann, O., Nahrwold, M. (2012). Improving Knowledge and Practice of Restorative Justice. Scientific Report. Kiel: University of Applied Sciences. www.rjustice.eu
- Matt, Eduard & Winter, Frank (2002). Täter-Opfer-Ausgleich in Gefängnissen. Die Möglichkeiten der restorative justice im Strafvollzug. In: Neue Kriminalpolitik, 14, H4, S. 128-132.
- Nöthe, Angela & Hagemann, O. (2018). Community im e-TOA. In: TOA-Magazin Nr. 1/2018, S. 12-15.
- Prison Fellowship International (2016). Sycamore Tree Project. <http://www.pfi.org/cjr/stp>
- Rehn, Gerhard (2008). Hamburger Strafvollzug – Wege und Irrwege. Zentrale Fakten einer verfehlten Strafvollzugspolitik. In: Neue Kriminalpolitik, H1, S. 34-36.
- Rowe, Carolyn & Turner, Ed (2016). Justice and prisons policy. In: Hildebrandt, Achim & Wolf, Frieder (Hrsg.). Die Politik der Bundesländer. Zwischen Föderalismusreform und Schuldenbremse. 2., aktualisierte und erweiterte Auflage. Wiesbaden: Springer VS.
- Schammler, Anja (2008). Gerichtliche Mediation in Strafvollzugssachen. Chancen und Risiken einer alternativen Beilegung von Konflikten zwischen



Inhaftierten und Vollzugsanstalten. Frankfurt/Oder: Viadrina Universität (Masterarbeit)

Schleswig-Holsteinischer Landtag (2017). 4. Opferschutzbericht der Landesregierung. Ministerium für Justiz, Kultur und Europa des Landes Schleswig-Holstein (MJKE), 18. Wahlperiode. Drucksache Nr. 18/5142 vom 7.2.2017. Kiel.

Shapland, Joanna / Robinson, Gwen & Sorsby, Angela (2011). *Restorative Justice in Practice. Evaluating what works for victims and offenders*. London & New York: Routledge.

Strang, Heather (2013). *Victims and Restorative Justice: What do we know from international research evidence?* Presentation at the Conference 'Restoring the Balance', St Catherine's College, Oxford 28 November 2013. <http://www.thamesvalleypartnership.org.uk/wp-content/uploads/Dr-Heather-Strang-University-of-Cambridge.pdf> (accessed at 28.11.2018)

Tengeler, Sabine (2003). *Besser Streiten. Gemeinschaftskonferenzen als win/win-Stadtteilmediation*. Hamburg.

TOA-Servicebüro (2017). *STANDARDS for Victim-Offender Mediation*. 7th revision.

Toews, B. (2016). *This backyard is my serenity place: learning from incarcerated women about the architecture and design of restorative justice*. In: *Restorative Justice An International Journal* Volume 4, Issue 2. Page 214-236.

Vogt, M. & Vogt, V. (2015). *Gerichtliche Mediation in Strafvollzugssachen (GMS). Konsensuale Konfliktbearbeitung im gerichtlichen Verfahren – eine Alternative?* *Neue Kriminalpolitik*, 27, 81-96.

Walgrave, Lode (2008). *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*. Cullompton: Willan.

Walgrave, Lode (2011). *Restorative Justice in Belgium*. In: Lummer, R. / Hagemann, O. / Tein, J. (eds.). *Restorative Justice – A European and Schleswig-Holsteinian Perspective. Restorative Justice – Aus der europäischen und Schleswig-Holsteinischen Perspektive*. Kiel: SH Verband für Soziale Strafrechtspflege. S.103-112.

Walter, Joachim (2009). *Jugendstrafvollzug in freier Form. Die baden-württembergischen Projekte „Chance“ in Creglingen-Frauental und „Prisma“ in Leonberg*. In: *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, 20. Jg., H3. Hannover: DVJJ. (192-200)



- Walter, Michael (2013). Sanktionen im Jugendstrafvollzug. In: *Boers, K.; T. Feltes; J. Kinzig; L. W. Sherman; F. Streng; G. Trüg* (Hrsg.). *Kriminologie - Kriminalpolitik - Strafrecht; Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag*; Tübingen: Mohr, S. 1-12.
- Weber, Roland (2018). Fünfter Bericht zur Situation der Opfer von Straftaten im Land Berlin (2016/2017). Berlin: Opferbeauftragter des Landes Berlin.
- Weitekamp, Elmar G.M. (Ed.) (2016). *Developing peacemaking circles in a European context: main report*. Tübingen: Tükrim.
- Wemmers, Jo-Anne M. (2009). A Short History of Victimology. In: Hagemann, O., Schäfer, P. & Schmidt, S. (Eds.). *Victimology, Victim Assistance and Criminal Justice*. Mönchengladbach: Fachhochschule Niederrhein Verlag (pp. 33-42).
- Wemmers, J. and Van Camp, T. (2011). *The offer of restorative justice to victims of violent crimes: should it be protective or proactive?* CiCC, Université de Montréal, Accessed on 28.11.2018 at <https://depot.erudit.org/id/003511dd>
- Winter, F. (2003). Mediation in sozial belasteten Quartieren – Konzept und Praxis der „Sozialen Mediation“ am Beispiel der Hansestadt Bremen. *unsere jugend – Die Zeitschrift für Studium und Praxis der Sozialpädagogik*. H2, 72 – 80.
- Wulf, R. (1985). Opferbezogene Vollzugsgestaltung – Grundzüge eines Behandlungsansatzes. *ZfStrVo* 34, 67-77.
- Wulf, R. (2013). Täter-Opfer-Ausgleich im Vollzug. Ein Modellprojekt aus Baden-Württemberg und Entwicklung von Standards. in: *TOA-Magazin* – Nr. 1. 19-23.

Restorative justice in Switzerland

Claudia Campistol. *Research assistant. School of Criminal Justice (University of Lausanne)*.

Switzerland and its deplorable delay in the field of restorative justice was one of the conclusive headings of the report for the First Restorative Justice Day organised at the University of Fribourg in February 2017. Undoubtedly, Switzerland is lagging behind with regard to the development of restorative justice in Europe. Even if there are some public actors and associations that have stood up against the stagnant situation in Switzerland with impressive results, restorative justice is still seeking for a place in this country.



Alongside the multitude of associations in the field of restorative justice created in the last year in Switzerland such as, inter alia, the Swiss Restorative Justice Forum association, the AJURES association, *Association valaisanne de médiation*, the CENAC (Centre pour l'action non-violente), *Groupement Pro-Médiation*, there are justice professionals and university scholars playing a major role in the Swiss field of restorative justice today.

Besides some exceptions and against the will of those supporters who are advocating for a larger vision, whenever restorative justice is mainly equated to mediation whenever it is employed in Switzerland (European Forum for Restorative Justice, 2017). Beyond that, the practice of mediation is mainly applied to juvenile offenders, and it is still not generalized across the 26 Swiss cantons.

As the case may be, the legal Swiss framework does not help in its development, because it allows for little intervention pertaining to the field of restorative justice. It is only since 1st January 2007 —entry into force on 1st January 2011— that the practice of penal mediation is included in the Swiss Juvenile Federal Penal Code —*Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin)*— in its art. art. 17). Yet, this federal law does not contain information on how to proceed for an effective implementation of mediation. Thus, it is the responsibility of each canton to develop its own cantonal law to put it into practice (i.e. establishing the concrete development of the mediation, which professionals are recognized and authorized to act as mediators, etc.). This is probably one of the causes leading to the limited application of mediation for juveniles across the country. Nonetheless, cantons that have developed their own legal framework, such as Fribourg, Geneva or Valais, can already boast some years of fruitful experience in regard of the use of mediation as an alternative to trial. The Canton of Fribourg is one of those cantons where mediation has been more largely implemented for minors, reaching around 90 mediations per year, which represents around 15% of the total of cases treated by the Juvenile Court of the Canton of Fribourg (Depierraz, 2015).

Penal mediation for juveniles takes places at the beginning of the criminal procedure, and its goal is to guarantee access to justice by allowing youth the possibility to solve penal matters through alternatives to trial. Most of the work done during the last decade has its roots in the Rec (99)19 (Département de la sécurité, des affaires sociales et de l'intégration du Canton du Valais, 2011).

As an exception, mediation can be employed with adult offenders, but only as post-sentence mediation during deprivation of liberty and without having an impact on the criminal procedure. The goal is to start a dialogue between the two parties, after an intense preparation phase from both sides (AJURES, 2018). These pilot mediations for adults have been launched recently by the



AJURES association and account for a few cases in a prison in Geneva—Prison of La Brenaz—, in Valais, —Prison of Crêtelongue—, and soon in Fribourg too—Prison of Bellechasse—.

Other types of restorative justice practices have also been implemented by the Swiss Restorative Justice Forum association, through pilot projects concerning different restorative programs— such as group conference, restorative dialogue, mediation or other— in the Swiss German cantons of Aargau —Prison of Lenzburg— and soon in the Canton of Zug too.

However, there is a lack of a federal legal framework to develop restorative justice for adults. Even if there was an initial project which aimed to draft an entire article (317) integrating mediation, it was refused at the parliamentary level (Pastore & Sambeth Glasner, 2010). In its place, article 316 of the Code of Criminal Procedure regulating conciliation was approved. Some initiatives take advantage of this article 316 of the Code of Criminal Procedure, as well as the article 75 al. 3 of the Penal Code, which mentions that one of the goals of the execution of a sanction is the reparation of the damage incurred.

1. Main challenges in the development of restorative justice in Switzerland

One of the biggest challenges to overcome the delay in the development of restorative justice in Switzerland involves the lack of awareness and sensitisation to the benefits of restorative justice for offenders, victims and society at large. This limitation needs to be counteracted at the societal level, but also among the top-policy makers, as well as at the level of justice actors (European Forum for Restorative Justice, 2017). The existing system of sanctions is mainly oriented to guarantee the protection of the society via the penal sanctions seeking to prevent recidivism and to rehabilitate the criminal author. The justice actors seem to conform to the existing retributive practices without seeking alternative ways of delivering justice.

This is best illustrated by the fact that, with the exception of mediation for juveniles, restorative justice has been developed in Switzerland mainly through the civil society. Concretely, the above-mentioned associations and academics have looked for allies who can act as agents of change from inside the criminal justice system, in order to enhance the development of pilot restorative programs. Structural and formal changes in the Swiss system or in the Swiss law seem more difficult to take place, due to the slowness of administrative decisions (see for example: the proposal for the modification of the Criminal Code of



Procedure in favour of restorative justice <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/ve-organisationen.pdf>).

From a legal point of view, neither the Code of Criminal Procedure nor the Federal Law on victims of offenses (LAVI) mention the use of restorative justice, even if the LAVI seeks to help victims in overcoming the consequences of the harm experienced through the offense. It seems that the possibility for conciliation, as recognized by article 316 of the Code of Criminal Procedure, tends to dissuade prosecutors and judges from looking for further alternatives to trial, as it already allows them to find amicable ways of resolving the conflict between the author and the victim upon which they have authority.

In Switzerland, mediation is the main application of the restorative justice principles. Even if mediation can sometimes take into consideration other people also involved in the dispute beyond the author and the victim, compared to other restorative practices, its conception considers the idea of community as secondary. This is one of the main elements of discordance between the two perspectives of restorative justice Swiss supporters. These two diverse approaches can sow certain confusion and generate diverging interests.

Another weakness concerns the lack of measures established to gauge the restorative justice practices and programs that have been developed in the country in recent years. This hampers the ability to evaluate the results of these practices and programs, which could be used as empirical basis for its advocates.

In this same perspective, the lack of restorative justice experiments in Switzerland can be considered both as a cause and a consequence of the lack of training —initial and on-going concerning its facilitators. As a result, a limited number of people are trained to perform restorative practices, and most of them have received specific training on mediation. This constraint is also highlighted as one of the potential causes of the lack of trust in restorative practices among the judicial authorities.

2. Paths to increase restorative justice in Switzerland

Development of restorative justice practices in Switzerland rely on a set of factors such as: the policy-makers support; the recognition and trust of the judicial authorities; the availability of structural and the economic resources for its implementation; the guarantee of high quality training of professionals; and the rise of awareness in society at large concerning another type of resolving penal issues.



One of the first steps enabling the development of restorative justice is the need for introducing a legal reform that allows its implementation. The code of criminal procedure is currently undergoing a revision and restorative justice associations are advocating the inclusion of arrangements related to restorative justice.

While some believe that the goal is to continue building upon the idea of restorative justice understood as mediation, others consider that being at its initial stages of the development of restorative justice in Switzerland, it is worth distinguishing mediation as one among other forms of restorative justice, in order to adopt a larger vision of restorative justice. The first group believe that everything that has been achieved in the field of mediation for juveniles during the last decade is a solid enough foundation to continue building upon it. They believe that changing minds and putting things into practice in Switzerland is not an overnight issue, thus all the progress made is an invaluable asset. Progress made through mediation practices applied to the few hundreds of cases of juveniles per year, as well as the sensitisation and familiarity that both society and judicial authorities have had in regard to the notion and practice of mediation deserve to be highlighted. Consequently, other forms of restorative justice could also be established on this basis. In particular, they are seeking to integrate the concept of mediation into the Code of Criminal Procedure for adults as it currently exists for juveniles (see <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/ve-organisationen.pdf>).

Going against the criticisms made in the past, when the law article was declined because of the high cost of execution, they argue that they could now benefit from the existing experiences, structures, procedures and professionals that have already been developed in the context of juvenile justice. The second group, advocating for a larger vision of restorative justice are also trying to persuade lawmakers of the remarkable results obtained in terms of satisfaction of the parties thanks to the pilot projects conducted in prison, in order to introduce other forms of restorative justice in the legal reform, perfectly in line with the Rec (2018)8.

Even if it is clear that there is still a long way to go until politicians, justice actors and civil society “change their lenses” and fully believe in the great small steps taken by the Swiss restorative agents of change, most of which is supported by the Rec (99), there is a strong belief that the new and recent Rec (2018) 8 can definitely greatly support their arguments.

Bibliography



- AJURES (2018). *La justice restaurative*. Retrieved from <https://ajures.ch/justice-restaurative/>
- Département de la sécurité, des affaires sociales et de l'intégration du Canton du Valais (2011) *Rapport accompagnant l'avant-projet de loi sur la médiation*, 9 Septembre 2011.
- Depierraz, D. (2015). *La médiation pénale en droit suisse. Cadre légal et mise en œuvre dans les cantons de Fribourg, de Genève et du Valais*. Mémoire de Master en Droit, Faculté de Droit, Université de Lausanne.
- European Forum for Restorative Justice (2017). *Newsletter March 2017*, Vol 18 (1). Retrieved from http://www.euforumrj.org/wp-content/uploads/2017/04/Vol_18_1.pdf
- Pastore, F. & Sambeth Glasner, B. (2010). *La médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié*, PJA (6).

La justicia restaurativa en España. ¿Qué impacto puede tener la Recomendación?

Josep-Maria Tamarit Sumalla. *Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Lleida y de la Universitat Oberta de Catalunya*.

1. El estado de la cuestión

El desarrollo de prácticas restaurativas ha seguido hasta el momento en España un proceso muy lento. En algunos territorios, como Cataluña o el País Vasco, existen programas consolidados de mediación penal entre autor y víctima, tanto en el ámbito de la justicia penal de menores como, con un alcance más limitado, en la justicia penal de adultos. Hay además otros programas de mediación que han tenido una existencia más discontinua, como el auspiciado por el Consejo General del Poder Judicial o los llevados a cabo en Madrid, Valencia, Andalucía o La Rioja.

La primera referencia a la justicia restaurativa en un texto legal ha sido introducida por la Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, mediante la cual se ha transpuesto al Derecho español la Directiva europea 29/2012. La citada Ley ha plasmado el artículo 12 de la citada Directiva, dedicado a las garantías de los procesos de justicia restaurativa respecto a los derechos de las víctimas. Sin embargo, al acometerse esta regulación en una norma destinada a reconocer derechos a las víctimas, sin ninguna previsión legal previa sobre la materia, la situación resultante ha sido con razón criticada por diversos expertos, dado que



no tiene en cuenta otros aspectos, como los relativos a los derechos del infractor o presunto infractor.

En todo caso, no puede olvidarse que con anterioridad diversas normas habían hecho referencias a prácticas restaurativas, como la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad penal del menor, que ha previsto la conciliación entre víctima e infractor seguido de compromiso reparador como causa que puede determinar, bajo ciertas condiciones, el sobreseimiento del expediente (art. 19) o, tras la sentencia, el levantamiento de la medida impuesta al menor si el acto reparador y el tiempo cumplido de la medida expresan suficientemente el reproche que merece el hecho cometido por el menor (art. 51-3). Por otra parte, la Ley Orgánica 1/2004 de violencia de género aludió por primera vez a la mediación penal en el ámbito de la justicia de adultos, para prohibirla en los casos de violencia de género (art. 44). Posteriormente, la LO 1/2015 de reforma del Código penal ha incluido el cumplimiento del acuerdo alcanzado en un proceso de mediación entre víctima e infractor como condición que puede imponer el juez o tribunal sentenciador en caso de suspensión condicional de las penas privativas de libertad (art. 84-1). Los intentos de incluir en la ley procesal una regulación de los efectos de ciertas formas de justicia restaurativa en el proceso penal, como el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, no han culminado con éxito.

La Recomendación (2018)⁸ del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2018, sobre justicia restaurativa en asuntos penales, ha representado un hecho importante que debería tener un impacto positivo en el desarrollo de la justicia restaurativa en España. La norma europea recomienda a los Estados que desarrollen e implementen la justicia restaurativa en el ámbito del proceso penal, salvaguardando los derechos de quienes participen en procesos restaurativos y tratando de satisfacer del mejor modo posible sus necesidades. Además de contener una amplia referencia a las prácticas restaurativas más aplicadas en diversos países, como la mediación entre víctima e infractor, en “conferencing” o los círculos restaurativos, la Recomendación no excluye la posibilidad de utilizar otros mecanismos basados en el diálogo como forma de resolución de conflictos. Asimismo advierte la necesidad de asegurar que exista supervisión judicial si se prevé que los procesos restaurativos tengan un impacto en las decisiones judiciales, tanto si la paralización de la persecución o del proceso penal depende de un acuerdo aceptable como si se pretende que éste pueda tener en cuenta al dictar sentencia.

2. Cumplir con la Recomendación: ¿es necesaria una reforma legislativa?



Es posible que la Recomendación no tenga un impacto real, dado que su carácter de norma de “soft law” y la inexistencia de mecanismos para forzar a las instituciones a dar cumplimiento a la misma. La norma puede ser un buen argumento mediante el cual los gestores e impulsores de programas restaurativos pueden intentar presionar a los jueces para que se muestren más abiertos a aceptar derivaciones de casos. Las prácticas restaurativas pueden desarrollarse sin necesidad de reformas legales, en la medida que la Ley no prohíbe a las partes participar en esta clase de procesos extrajudiciales ni está vedado a las Administraciones promover programas restaurativos. Existen opiniones contrarias a una regulación legal de la justicia restaurativa, que podría tener el efecto negativo de desvirtuar el espíritu de esta clase de programas. Diversos defensores e impulsores de la justicia restaurativa han denunciado el riesgo de “cooptación” de ésta por parte del sistema. Sin embargo, hay aspectos relacionados con los procesos restaurativos que requieren una intervención legislativa, como la regulación de las condiciones y procedimiento de derivación de casos inicialmente judicializados a un programa restaurativo extrajudicial y, especialmente, los efectos intraprocesales de los resultados alcanzados en el proceso restaurativo, en un sistema procesal, como el español, inspirado en una concepción bastante estricta del principio de legalidad que deja poco espacio para el ejercicio del principio de oportunidad en fase de instrucción.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la realidad existente en España se caracteriza por una muy baja tasa de casos judicializados derivados a programas restaurativos, lo cual cabe atribuir en gran medida a que muchos jueces, aun no impidiendo la ley que tomen decisiones favorables a la derivación, se muestran reticentes ante un procedimiento que escapa de su control y que no está previsto legalmente.

La aprobación de una Ley de justicia restaurativa no es algo muy extendido a nivel internacional, pese a que hay algún precedente (así, p. ej. Costa Rica). No obstante, entiendo que es la mejor opción para enviar un mensaje claro a las autoridades judiciales y a los profesionales respecto a la viabilidad legal de los procesos restaurativos, sus principios y la relación entre los mismos y el proceso penal. Debe tenerse en cuenta también la necesidad de hacer patente la singularidad de la mediación penal respecto a la mediación en otros ámbitos (civil, laboral o comunitaria), una vez se ha producido una intervención legislativa sobre mediación en estos otros ámbitos, y la vinculación de la mediación penal a la justicia restaurativa.

Una Ley de justicia restaurativa debería incluir, en primer lugar, los principios de la justicia restaurativa, según lo previsto en la Recomendación 2018/8, poniendo especial énfasis en los principios de voluntariedad, reconocimiento de los aspectos esenciales del hecho por parte del infractor, presunción



de inocencia, deber de confidencialidad y prevención de la victimización secundaria. La Ley debería contener asimismo una lista abierta de procesos restaurativos, que incluya encuentros grupales restaurativos (*conferencing*), círculos de pacificación, círculos de apoyo y reconciliación y mediación entre víctima e infractor. También debe regular, de modo no detallista ni reglamentista, las condiciones y procedimiento de derivación de casos por parte del juez instructor (mediante una reforma de la ley procesal), sin vincular la valoración de la oportunidad de la derivación a la naturaleza legal abstracta del delito investigado ni a la gravedad del mismo. Uno de los aspectos a regular es el relativo a los efectos procesales del proceso restaurativo extrajudicial (condiciones para que pueda acordarse el sobreseimiento, mediante reforma de la ley procesal), la prohibición de aportar al proceso penal como material probatorio las manifestaciones efectuadas por las partes en el proceso restaurativo, so pena de nulidad, los efectos de la justicia restaurativa en la sentencia penal y en la suspensión de la ejecución de la pena, mediante una reforma del Código penal, la previsión de procesos restaurativos en fase de ejecución de las penas privativas de libertad, su relación con el tratamiento resocializador y sus posibles efectos en la clasificación del penado y la libertad condicional, mediante una reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la previsión de procesos restaurativos adecuados a los casos de violencia de pareja y violencia familiar, mediante una reforma de la LO de violencia de género, y las condiciones para el ejercicio de las tareas de facilitador, que deben incluir en todo caso formación criminológica y, en particular, victimológica.