

EN BÚSQUEDA DE LA TERCERA VÍA. LA LLAMADA “JUSTICIA RESTAURATIVA”, “REPARATIVA”, “REINTEGRATIVA” O “RESTITUTIVA”

Aída KEMELMAJER

SUMARIO: I. *Terminología*. II. *Algunas definiciones*. III. *Algunas claves para comprender las definiciones*. IV. *Orígenes*. V. *Razones de la aparición*. VI. *Normativa emanada de organismos internacionales que trabajan en el ámbito de los derechos humanos en la que se funda la justicia restaurativa*. VII. *Intereses que la justicia restaurativa intenta amparar*. *Propósitos o fines generales*. VIII. *Un fin esencial. La reparación*. IX. *Idea filosófica que se encuentra a la base de la justicia restaurativa: la democracia participativa*. X. *Conclusiones provisionarias*. XI. *Una esperanza final*.

I. TERMINOLOGÍA¹

Describir el modelo que intenta superar los modelos tradicionales no es tarea fácil. En efecto, como afirman Dognan y Cavadino,²

...la forma precisa del nuevo paradigma es todavía oscura; en la teoría y en la práctica, el debate se caracteriza por una gran confusión *terminológica* y *conceptual*, reflejada muy gráficamente por la variedad de términos que se proponen: justicia positiva, pacificadora, relacional, reparativa, restauradora, comunitaria. Junto a esos adjetivadores, aparecen los sustantivos restitución, reconciliación, restauración, recomposición, reparación, expiación, indemnización del daño, servicios comunitarios, mediación, etcétera.

¹ Sigo, especialmente, a Van Ness, D. *et al.*, “Introducing Restorative Justice”, en Morris-Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 13 y ss.

² Citados por Miers, David, *An International Review of Restorative Justice*, Londres, Home Office, 2001, p. 88.

Algunos autores se inclinan por los adjetivos “*conciliativa*” o “*conciadora*”;³ el inconveniente de esta terminología es que deja fuera ciertos programas que son parte del movimiento en los que, en definitiva, no se llega a una estricta conciliación. Otros hablan de justicia “*transformadora*”, palabra demasiado genérica y, consecuentemente, poco expresiva del fenómeno que se quiere describir.

Muchos prefieren los calificativos “*reparativa*”, “*reparadora*”, “*restitutiva*” o “*reintegrativa*”;⁴ estas adjetivaciones son muy expresivas, pero tienen el inconveniente de mirar casi exclusivamente a la víctima, atender sólo a los vínculos ofensor-víctima, y excluir a la comunidad.

La calificación “*restauradora*” o “*restaurativa*” (*restaurative*, en inglés y en francés), en cambio, parece más cercana al justo medio, desde que comprende a la víctima, al autor e, incluso, a la comunidad. Por eso, las expresiones “*Restaurative Justice*”, en inglés, y “*Justice Restorative*”, en francés,⁵ han sido promovidas en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993, y han ganado impulso a través de las conferencias internacionales realizadas en Adelaida (Australia), Ámsterdam (Holanda) y Montreal (Canadá).⁶ No obstante, algunos autores buscan un sustituto, pues entienden que ese calificativo no tiene una verdadera traducción lingüística equivalente en otras lenguas, dado que la palabra “*restauración*” (en español), o “*restaurazione*” (en italiano), en el lenguaje común, de todos los días, se vincula a actividades más materiales.⁷

Pese a las discrepancias terminológicas, habría algo común a todos los usos de la expresión “*justicia restauradora*” o “*justicia restaurativa*”, fór-

³ Ponti Gianluigi, “Riparazione dei torti e giustizia conciliativa”, en Ponti, Gianluigi (ed.), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milán, Giuffrè, 1995, p. 3.

⁴ Para esta última, véase Highton, E. *et al.*, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, capítulo IV: Los principios de la justicia restitutiva (pp. 71-92).

⁵ Bruce, Archibald, “La justice restaurative: conditions et fondements d’une transformation démocratique en droit pénal”, texto presentado en el seminario internacional francófono “La justice réparatrice et la médiation: convergences ou divergences”, Québec, Canadá, Mai, 2002.

⁶ Tumarit Sumalla, Joseph, “La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor”, en González Cussac *et al.* (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 48.

⁷ Kemeny, citado por Miers, David, *An International Review of Restorative Justice*, *cit.*, nota 2.

mula, como se ha dicho, “convenientemente corta”: se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres “R”: *responsibility*, *restoration* and *reintegration* (responsabilidad, restauración y reintegración).⁸ Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito.

Me ceñiré a este aspecto del movimiento, aunque no ignoro que uno de sus más grandes sostenedores, Braithwaite, ha dado a la expresión “restaurar” un alcance mucho más extenso. Afirma que se está ante un proceso restaurativo toda vez que se da a los afectados la oportunidad de decir su historia, sus consecuencias y sus necesidades para intentar poner las cosas en el lugar correcto, y siempre que esa oportunidad aparezca dentro del marco de los valores que incluyen la necesidad de curar las heridas. Por eso, la justicia restaurativa no versa sólo sobre el delito, sino sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible. No es sólo una respuesta al problema de la delincuencia; se trata de una filosofía integral (*a holistic philosophy*);⁹ es un modo de construir un sentido de comunidad a través de la creación de relaciones no violentas en la sociedad. Desde una perspectiva republicana, dice, restaurar a las víctimas puede significar: restaurar la propiedad perdida, la lesión inferida, el sentido de seguridad, la dignidad, las relaciones humanas, el ambiente, la libertad, la compasión, la paz, la libre determinación, el sentido de los deberes como ciudadano, la democracia deliberativa, la armonía basada en los sentimientos de que se hizo justicia, etcétera. Esta diversidad de “restauraciones”, lejos de debilitar refuerza el nuevo movimiento, pues, en definitiva, implica restaurar a las víctimas, a los ofensores y a la sociedad.¹⁰

⁸ Miers, D. *et al.*, *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, Londres, Home Office, 2001, p. 9.

⁹ Braithwaite, John, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, VII.

¹⁰ Braithwaite, John, *Crime and Justice*, University of Chicago, 1999.

Otros autores creen que este fin no es alcanzable;¹¹ más aún, no es conveniente que la gente que trabaja en estos programas crea que tiene fines tan amplios, pues luego comprueba que no se cumplen, se desilusionan y abandonan la misión.¹²

Cualquiera que sea la posición frente a la visión amplia, puede decirse que todas las culturas, todos los países, tienen tradiciones “restaurativas” de este tipo, sea en la familia, la escuela, la iglesia, u otros grupos comunitarios. Hasta la diplomacia puede ser *restaurativa*: no es lo mismo el Tratado de Versalles de 1919, a través de una ceremonia de degradación que tendía a humillar a la Alemania vencida, que el Plan Marshall después de la Segunda Guerra Mundial, que tuvo un sentido restaurativo, reintegrando a Alemania en la comunidad internacional.

II. ALGUNAS DEFINICIONES

En estos últimos años, el concepto de justicia restaurativa, que alguien calificó de “atractivo”,¹³ ha ganado popularidad tanto entre los académicos cuanto en los operadores que determinan las políticas en el ámbito de la justicia penal. Sin embargo, las definiciones no son unívocas.

Para algunos, incluso, la definición no es posible porque: *a)* no es una teoría académica del delito o de la justicia, y *b)* los remedios propuestos son muy diversos; o sea, las iniciativas tienen naturaleza *plural*. Se afirma, entonces, que representa un modo ecléctico de responder exitosamente a determinados problemas penales merced a la experiencia acumulada.

Dado el límite de este trabajo, me limitaré a reproducir sólo dos.

Para Ceretti, un autor italiano, la justicia restaurativa es el paradigma de una

...justicia que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la recon-

¹¹ Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, Devon, Willan Publishing, 2002, p. 19.

¹² Peters, Tony, “Victim-Offender Mediation: Reality and Challenges”, *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, Lovaina, Leuven University Press, 2000, p. 15.

¹³ *Ibidem*, p. 10.

ciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo. El desafío es superar la lógica del castigo pasando a una lectura relacional del fenómeno criminal, entendido primariamente como un conflicto que provoca la ruptura de expectativas sociales simbólicamente compartidas.¹⁴

Tony Marshall, un criminólogo británico, propone la siguiente definición: “Justicia restauradora es un *proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro*”. Esta definición ha sido recogida en la Declaración de Leuven de mayo de 1997, que específicamente aconseja el acercamiento restaurativo para los casos de delincuencia juvenil.¹⁵

III. ALGUNAS CLAVES PARA COMPRENDER LAS DEFINICIONES

La mejor comprensión de estas definiciones exige recordar algunos conceptos básicos.

1. *El delito*

La justicia restaurativa no niega que el delito afecta a la sociedad, pero afirma que esa dimensión pública no debe ser el único punto de partida para resolver qué debe hacerse. El delito, más que la violación a una regla legal de conducta, es una violación o ataque de una persona a otra persona. No interesa tanto el derecho abstractamente violado sino el hecho concreto de que una persona fue lesionada por las acciones ilícitas de otra, y es ese daño el que debe ser reparado.¹⁶

Muchas veces, la comisión de un hecho definido por la ley como delito verifica un conflicto que, en definitiva, queda acotado a las partes: obviamente, en el hurto, la lesión a un vecino, el libramiento de un cheque sin fondos, la usurpación de un inmueble, la comisión de una estafa, una

¹⁴ Ceretti, A. *et al.*, “Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto”, en Scaparro, Fulvio, *Il coraggio di mediare*, Milán, Guerini e Associati, 2001, p. 309.

¹⁵ Citado por Weitekamp, Elmar, “Research on Victim-Offender Mediation. Findings and Needs for the Futures”, *Victim-Offender Mediation in Europe...*, *cit.*, nota 12, p. 103.

¹⁶ Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, *cit.*, nota 11, p. 65.

amenaza, hay un interés general en la resolución del conflicto, pero ese interés general puede quedar agotado cuando las partes llegan a una solución. En suma, el delito no debe ser considerado sólo un ilícito cometido contra la sociedad, un comportamiento que viola el orden constituido y que, por lo tanto, reclama una pena a cumplir; es también una conducta intrínsecamente dañosa y ofensiva que puede provocar a la víctima privación, sufrimiento, dolor y hasta la muerte, por lo que ella tiene derecho a peticionar alguna forma de reparación del daño provocado.¹⁷

Desde esta perspectiva, el sistema vigente no sirve porque no satisface a nadie; la pena estatal no soluciona ningún conflicto, ni el de la víctima ni el de la comunidad.

2. *Otras claves. De la autocomposición al monopolio estatal.* *Posibles causas del cambio*

En las sociedades primitivas no había derecho sino venganza; un hito positivo en la evolución del sistema fue la reparación del daño, en sus comienzos por el grupo al que pertenecía quien lo había causado, luego por el individuo autor. No obstante, hay que recordar que lo que pareció un avance, no siempre fue realmente tal, porque las compensaciones podían llevar a la ruina y, más aún, a la esclavitud.

Posteriormente, la respuesta al delito no fue la compensación al dañado sino la punición retributiva al autor por parte de quien ejerce el poder. Durante el medioevo, ese poder estuvo en manos de los señores feudales; cuando devino el Estado único, también centralizó en él el poder de sancionar.

La pregunta es por qué una justicia que era *compensadora* cambió de manos y tomó un carácter eminentemente *punitivo*.

La respuesta tradicional es que ese cambio fue un gran progreso; en el delito están comprometidos intereses públicos, y por lo tanto, la autocomposición no tiene lugar.¹⁸

Desde otra perspectiva, se responde que el traspaso obedeció a razones fiscales y políticas: alrededor del siglo XII, los barones, los poderes eclesiásticos y el rey empezaron a tener control de la justicia para poder

¹⁷ Ceretti, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 309.

¹⁸ Aldea Moscoso, Rodolfo, *De la autocomposición. Una contribución al estudio de la solución de los conflictos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 208.

percibir los impuestos sobre las sumas que los ofensores pagaban a las víctimas; miraron al proceso como una fuente de recursos, un suplemento a los impopulares tributos.¹⁹ Para esta posición, el paso de la justicia *reparadora* en manos de la comunidad a la *retributiva* en poder del Estado tuvo los siguientes inconvenientes: *a)* los intereses de la víctima fueron olvidados; si la víctima quiere ser reparada debe ir al sistema civil, más costoso; *b)* la gente piensa que el ilícito es una cuestión del Estado, no de la comunidad, consecuentemente, se desentiende del problema cuando no está afectada directamente, y *c)* lo que empezó siendo una fuente de recursos terminó siendo un negocio que demanda demasiados gastos.

Es necesario, pues, instalar un sistema que no olvide a la víctima (principal protagonista del delito), en el cual la sociedad esté involucrada, y que permita rehabilitar al delincuente, entre otras razones, porque para la sociedad la rehabilitación es menos costosa que la exclusión.

3. Otras reglas

Susan Sharpe,²⁰ autora canadiense, ha propuesto cinco principios claves (*key principles*) para ayudar a entender algunas de las definiciones. En su opinión, la justicia restaurativa:

- Invita a la *participación* y al *consenso* de todos; la víctima y el ofensor tienen participación pero también le abren las puertas a otras personas involucradas (por ejemplo, los vecinos dañados indirectamente por el ilícito).
- Pretende *curar lo dañado*, lo roto. La primera pregunta a contestar es: ¿qué necesita la víctima para curar, para recuperar el sentido de la seguridad? La respuesta es: primariamente, la víctima necesita información y expresar su angustia.
- Persigue *alcanzar una responsabilidad completa y directa*. El infractor debe reconocer lo que hizo mal, pero además debe intentar repararlo. Explicar su conducta a la víctima y a la sociedad es dar el primer paso para la reparación.

¹⁹ Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates, cit.*, nota 11, p. 42.

²⁰ Citado por Van Ness, D. *et al.*, “Introducing Restorative Justice”, *op. cit.*, nota 1, pp. 5 y 6.

- Busca *reunir —o al menos acercar— lo que el ilícito dividió; la reconciliación de la víctima con el ofensor, y de ambos con la comunidad.* El rol de víctima y de ofensor no debe perdurar; por el contrario, sólo debe ser temporal porque concluirá a través de la reparación.
- Persigue *estrechar las fuerzas de la comunidad para evitar nuevos ilícitos.* El delito causa daño, pero también revela injusticias anteriores (por ejemplo, un sistema económico o racialmente injusto). La fuerzas de la comunidad deben unirse, pues, para disminuir las causas del ilícito.

IV. ORÍGENES

La actual descripción del modelo de justicia restaurativa es de reciente elaboración; sin embargo, las ideas que la fundan vienen desde antiguo. En el “hallazgo” de esos orígenes incide, como no puede ser de otro modo, la mayor o menor simpatía que se tenga por la solución propuesta.

La restitución a la víctima como respuesta económica al hecho delictivo aparece en documentos muy remotos: el Código de Hammurabi preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad; la Ley de las Doce Tablas preceptuaba que el ladrón condenado pagara el doble del valor del bien robado, tres veces el valor si el bien era encontrado en su casa, y cuatro si había obstaculizado la persecución. En Inglaterra, en el año 600 d. C., el rey de Kent, Ethelbert, desarrolló un sistema detallado de baremos para la valuación del daño,²¹ etcétera.

Sin embargo, en opinión de Beaudoin, juez de la Corte de Québec,²² la idea central de la justicia restaurativa, como se la entiende hoy, ha sido tomada de la experiencia de los pueblos nómades, más particularmente autóctonos, en los supuestos en que el infractor era un miembro del clan o alguien conocido por su comunidad; excluirlo era perjudicial para los intereses y la supervivencia del grupo; el modo de sanar la situación era, pues, obligar al infractor a reparar el mal causado y rehabilitarlo; de este modo, los lazos entre el autor del delito, la víctima y la comunidad quedaban restablecidos.

²¹ Gatti, Humberto y Marugo, Maria Ida, “La vittima e la giustizia riparativa”, en Ponti, Gianluigi (ed.), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., nota 3, p. 87.

²² Conferencia pronunciada en Mendoza, en diciembre de 2002.

En realidad, la justicia restaurativa existe desde hace muchos siglos en pueblos de diversas culturas. Aunque con otro nombre, estas tradiciones vivían en Canadá, Nueva Zelanda y en otros países donde el fenómeno, pese al monopolio estatal de la justicia, sigue funcionando. Ello obedece, especialmente, a que en los años sesenta los pueblos colonizados de Norteamérica, Australia y Nueva Zelanda empezaron a luchar para hacer revivir su justicia tradicional. En general, los autores²³ marcan el comienzo de esta etapa en el caso solucionado en 1974, en Kitchener, Ontario, Canadá. Se cuenta que Mark Yantzi, un miembro de la secta menonita, estaba cansado de la falta de respuesta judicial efectiva a los numerosos ataques a la propiedad realizados por menores de edad. En uno de estos procesos, dos jóvenes fueron condenados por veintidós actos vandálicos; Yantzi pidió al juez que permitiese un encuentro entre los delincuentes y las víctimas. El juez aceptó y ordenó a los dos condenados que fuesen con Yantzi y Worth (otro integrante de la secta), y luego le hicieran un informe de lo que habían visto, conversado con las víctimas, y de los daños que éstas habían sufrido. La solución fue exitosa y los jóvenes infractores se reincorporaron a la sociedad.

En algunos países, pues, los procesos de justicia restaurativa se han iniciado bajo la inspiración de ideas religiosas;²⁴ en otros, como Noruega, la religión nunca ha intervenido, desarrollándose bajo concepciones absolutamente seculares.²⁵

²³ Véase, entre otros, Highton, E. *et al.*, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, *cit.*, nota 4, p. 157.

²⁴ No debe creerse que todos los sectores del cristianismo han estado en contra de las cárceles. Por el contrario, los cuáqueros fueron siempre entusiastas defensores de la cárcel como el modo normal de responder al delito. Ellos creían que los ofensores no se reforman a menos que reconozcan el pecado y se arrepientan; pues bien, según ellos, la experiencia carcelaria les provee la oportunidad de este arrepentimiento porque el convicto debe ser colocado en aislamiento, provisto sólo de un texto de la Biblia. Este sistema carcelario se instaló en la Walnut Street Jail de Filadelfia, y en su momento fue muy criticado por Alexis de Tocqueville cuando visitó los Estados Unidos; el prestigioso francés sostenía que ese sistema carcelario llevaba a la depresión y a la insanía. Dean-Myrda, Mark y Cullen, Francis, “The Panacea Pendulum. An Account of Community as a Response to Crime”, en Lawrence F. Travis III (ed.), *Probation, Parole, and Community Corrections. A Reader*, Illinois, Waveland Press, 1985, p. 12.

²⁵ Kemény, Siri Ilona, “Policy Developments and the Concept of Restorative Justice through Mediation”, *Victim-Offender Mediation in Europe...*, *cit.*, nota 12, p. 83.

V. RAZONES DE LA APARICIÓN

Se ha dicho²⁶ que la justicia restaurativa es el producto de la conjunción de tres corrientes de pensamiento ideológicamente heterogéneas: a) la que mostró la fractura de las instituciones tradicionales de regulación y, consecuentemente, la imagen de una comunidad perdida que es necesario revivificar; b) la corriente que denunció los efectos devastadores del sistema penal en la vida del delincuente, y c) la que propició el desarrollo de mecanismos tendentes a exaltar los derechos del hombre y, consecuentemente, también los de las víctimas.

La confluencia de estas tres corrientes explicaría la ambigüedad del modelo y las dificultades para determinar su verdadera naturaleza jurídica. No obstante, la idea por todos compartida es que el aparato institucional es insuficiente para afrontar los problemas, íntimamente unidos a la realidad sociocultural del niño infractor.

VI. NORMATIVA EMANADA DE ORGANISMOS INTERNACIONALES QUE TRABAJAN EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA QUE SE FUNDA LA JUSTICIA RESTAURATIVA²⁷

Haré referencia a algunos documentos internacionales; en este recorrido, como no podía ser de otro modo, me detendré especialmente en los textos emanados de los distintos organismos pertenecientes a las Nacio-

²⁶ Faget, Jacques, *La médiation. Essai de politique pénale*, París, Érès, 1992, p. 23.

²⁷ Véase, especialmente, Spirito, Daniela, "Principi penali e direttive internazionali nel nuovo processo minorile", en Cataldo Neuburger (ed.), *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, Padua, Cedam, 1990, pp. 219 y ss. No hay reforma legislativa de las últimas dos décadas que no mencione los documentos internacionales como fundamento de la solución (aunque de alguna manera los traicione); prácticamente no se encuentra un autor que escriba modernamente de la cuestión y que no haga referencia a ellos. A vía de ejemplo, veáanse D'Antonio, Daniel H., *Derechos fundamentales del niño*, Rosario, Zeus, 1999, p. 227; Guilhemjouan, Jean Yves, "Les enjeux de la médiation/réparation pour le médiateur", en Cario, Robert (dir.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, París, L'Harmattan, 1997, p. 105; Bustos Ramírez, "Perspectivas de un derecho penal del niño", *Nueva doctrina penal*, 1997-A, p. 66; Belloff, Mary, "Niños y jóvenes: los olvidados de siempre", *El nuevo Código Procesal Penal de la nación*, Buenos Aires, El Puerto, 1993, pp. 252 y ss.; *id.*, "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos", *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 9; *id.*, "Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos", *Justicia y Derechos*

nes Unidas, ente que, desde sus inicios, estuvo preocupado por la infancia. Prueba de este aserto es que, en 1946, la Asamblea General creó UNICEF para responder a las necesidades más urgentes de la infancia europea que, tras la Segunda Guerra Mundial, se encontraba en situación absolutamente precaria.²⁸

No debe sorprender, entonces, que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil, hayan sido piezas fundamentales en el proceso de transformación de la legislación penal juvenil de América Latina y de Europa, habiéndose dicho, con razón, que “la doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia constituye hoy un nuevo paradigma del derecho penal juvenil fundado sobre estos documentos internacionales”.²⁹ La índole de estas notas me impide

del Niño, núm. 2, 2000, p. 77; Cardoso, José, *Los menores en conflicto con la ley penal*, en LL 2001-E-1977; Cillero Bruñol, Miguel, “Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 65; *id.*, “Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 2, 2000, p. 101; Cortés Morales, “¿Distintas lecturas del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño?”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 77; González Álvarez, Daniel, “Delincuencia juvenil y seguridad ciudadana”, *Nueva doctrina penal*, 1996/B, p. 465; Llobet Rodríguez, Javier, “La justicia penal juvenil en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002, p. 396; Martín López, M. Teresa, “Delincuencia juvenil y normativa internacional”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, Universidad de Salamanca, 2001, t. I, p. 329; Maier, Julio, “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 2, 2000, p. 9; Ormosa Fernández, María R., *Derecho penal de menores*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 47; Pérez Manrique, Ricardo, “Sobre el ejercicio de la defensa de menores infractores”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 3, 2001, p. 165; Perucci, Mario, *Bambini ed adolescente di fronte alla legge*, Ancona, Nuove Ricerche, 1994, p. 318; Quadrato, Maria E., *Il minore tra interessi e diritti*, Bari, Caucchi, 1995, pp. 8 y ss.; Renucci, Jean F., *Le droit pénal des mineurs*, París, PUF, 1991, p. 54; Saulle, Maria Rita, “La Convenzione della Nazioni Unite per la tutela dei diritti del bambino”, en Cataldo Neuburger, Luisella (ed.), *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, Padua, Cedam, 1990, p. 237; Uriarte, Carlos, “Delincuencia juvenil y derechos humanos”, *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 2, 2000, p. 91.

²⁸ Véase Lázaro González, Isabel (coord.), *Los menores en el derecho español*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 75.

²⁹ Larissa, Silvia, “Evoluzione del diritto penale minorile”, en Palermo Fabris, Elisabetta y Presutti, Adonella (eds.), *Trattato di diritto di famiglia*, Milán, Giuffrè, 2002, t. V, p. 154.

ingresar en el análisis de otros documentos internacionales, altamente significativos para el tema en cuestión.

1. *Convención Internacional de los Derechos del Niño*

A. *Historia*

Este documento, el instrumento clave, el centro sobre el cual gira el derecho vigente de la infancia y la adolescencia, fue minuciosamente preparado durante diez años por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Su elaboración se remonta a 1979, año internacional del niño, cuando Polonia propuso redactar una convención que estableciera los derechos del niño. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU organizó un grupo de trabajo abierto para estudiar el tema. En ese grupo, además de la intervención obligatoria de los representantes de los cuarenta y tres Estados integrantes de la Comisión de Derechos Humanos, tuvieron posibilidad de participar los delegados de cualquier país miembro, los organismos internacionales como UNICEF, y grupos *ad hoc* de organizaciones no gubernamentales. En 1989, justamente treinta años después de la aceptación de la Declaración de los Derechos del Hombre (20 de noviembre de 1959), la Asamblea General aprobó la Convención de los Derechos del Niño. Se trata del tratado internacional aprobado con mayor amplitud, y el que ha sido ratificado por mayor número de países en toda la historia de las Naciones Unidas; fue ratificado por todos los países del mundo, excepto Estados Unidos y Somalia.³⁰

³⁰ García Méndez ha explicado estas dos excepciones del siguiente modo: Somalia se ha vuelto pura geografía; no logra constituirse como sujeto de derecho internacional; la guerra civil ha hecho desaparecer todo vestigio del gobierno central. El caso de Estados Unidos es más complejo, pero pueden señalarse tres motivos de naturaleza diversa: a) el primero se vincula con una tradición jurídica del derecho anglosajón que privilegia los derechos y garantías individuales, es decir, el derecho como un instrumento eficaz para restringir el área de intervención del Estado; se trata de una tradición que se resiste a transformar en normas exigibles aspectos vinculados al área de lo económico-social (salud, trabajo, vivienda), y la CIDN es también un catálogo de derechos económicos sociales; b) el segundo es la imagen falsa, pero eficientemente distribuida por grupos conservadores, generalmente de matriz religiosa, según la cual la Convención destruye la autoridad de los padres sobre los hijos; c) el tercer motivo, de naturaleza eminentemente simbólica, es el vínculo estrecho entre los temas de seguridad urbana y la delincuencia juvenil. En la mayoría de los estados de Estados Unidos, cuando un adolescente mayor

Por lo demás, es importante recordar que las directrices de la Convención constituyen un mínimo a alcanzar, dejándose abiertas las puertas a las medidas más favorables que los Estados puedan llevar a cabo.

B. *Un principio rector: el interés superior o el mejor interés del niño*

Esta Convención constituye un verdadero “compromiso” entre diversas culturas y realidades; no obstante, contiene un principio rector que ha pasado a todas las legislaciones inspiradas en este documento internacional: el principio del interés superior del niño, o el mejor interés del niño. Dispone el artículo 3o.: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.³¹

de 14 años comete un delito muy grave, se lo juzga y sentencia, pudiendo, incluso, condenárselo a la pena de muerte, que se ejecuta una vez cumplida la mayoría de edad. La ratificación de la Convención haría imposible, o al menos extremadamente difícil, esta última solución. García Méndez, Emilio, “Infancia, ley y democracia. Una cuestión de justicia”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Buenos Aires-Bogotá, Temis-Depalma, 1998, p. 9, nota 1. El autor atribuye a Brasil ser el gran mentor de la transformación del derecho de menores en la región, a la luz de los principios de la Convención. Argentina ratificó la Convención por ley 23.849.

³¹ La bibliografía sobre el principio del interés superior del niño es infinita; cualquier intento de sintetizarla es tarea inútil. Para el principio del interés superior del niño en la nueva ley penal española 9/2000, véase, entre muchos, Altava Lavall, Manuel Guillermo, “El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes”, Planchadell Gargallo, Andrea, “La intervención de la víctima en la instrucción del proceso penal de menores”, en González Cussac *et al.* (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, cit., nota 6, p. 347; Martínez Serrano, Alicia, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000”, *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 23; Martín Sánchez, Ascensión, “El interés del menor en la ley orgánica 1/96 y en la ley orgánica 5/2000”, *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 147; Peris Riera, Jaime, “El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la ley orgánica 5/2000”, *La Ley Española*, 2001-2-D-46, p. 1649; Hernández Galilea, Jesús Miguel *et al.*, *El sistema español de justicia juvenil*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 62 y 87; Brualla Santos-Funcia, Luis, “Los derechos del niño: menores infractores. Algunas consideraciones”, *Aspectos jurídicos de la protección del menor*, Junta de Castilla y León, 2001, p. 32 (el autor tiene una visión crítica de la ley; sostiene que triun-

Aunque se trata de un principio que se extiende en todas las direcciones, dada la índole de este trabajo, limitaré su análisis al aspecto conocido como *principio garantista*,³² o sea, a su aplicación en el proceso penal juvenil.

Creo importante subrayar que el artículo 3o. no es una mera declaración ni un simple deseo. Por el contrario, su carácter obligatorio está previsto en el artículo 4o.:

*Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas de conformidad con los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.*³³

El interés superior del niño configura, pues, el criterio informador de la elaboración, interpretación y aplicación de todas las normas que afectan al niño; a su alrededor deben articularse todos los derechos que se le

fa el interés del perjudicado por encima del interés del niño. En aquellos casos en que los daños causados han sido cuantiosos, el autor se pregunta: ¿puede pedirse, y menos esperarse, que el menor reconozca y asuma su autoría?, ¿cuál es el precio que le pone el legislador al logro de la sinceridad del menor en estos expedientes?, ¿por qué se va a poder pensar en términos de una postura colaboradora del menor y de sus padres que permita la educación y resocialización del menor?, ¿a qué asesoramiento técnico se obliga al letrado del menor?); Dolz Lago, Manuel Jesús, "El fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la ley orgánica 4/1992", *La Ley Española*, 1996-1-1592 (el autor entiende que en el proceso penal el interés superior del niño debe compatibilizarse con el interés de la víctima y el de la sociedad).

³² Tomo la expresión de Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", *op. cit.*, nota 27, p. 77. Para el tema, véase Allaix, Michel, "Les règles de Beijing et les articles 37 et 40 de la Convention Internationale relative aux droits de l'Enfant", en J. Rubellin Devichi (dir.), *L'enfant et les conventions internationales*, Lyon, 1996, p. 123.

³³ En cumplimiento de esta norma, en Argentina, el procurador general de la nación emitió la resolución 30/97 por la que instruye a todos los funcionarios del Ministerio Público Fiscal para que en los casos donde intervengan, planteen la operatividad de los derechos y garantías que consagra la Convención. En particular, destaca la necesidad de tener en cuenta la jerarquía constitucional de dicha Convención y su supremacía normativa sobre la legislación procesal y toda otra disposición legal que la contraríe (citada por Marchisio, Adrián, "Los menores de edad infractores de la ley penal. Estado actual del sistema", *Nueva doctrina penal*, 2002/B-761).

reconocen como sujeto de derecho. Por eso, la fórmula se repite en todos los textos normativos, y actúa, o debiera actuar, como salvaguarda genérica y universal estableciendo el orden de prioridad de los intereses de las diferentes partes en conflicto.

Sin embargo, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, no siempre es fácil concretar su contenido,³⁴ a punto tal que la doctrina de la “situación irregular”, que fundó el modelo rehabilitativo y en el que tantas veces quedaron olvidadas las garantías procesales y penales, también se fundó en ese interés superior, pues la mayoría de las medidas se fundaban en la necesidad de “salvar al niño”.³⁵

Más allá del mal uso, se ha dicho que el cumplimiento del principio es paradójico; “a veces el interés superior del niño es diametralmente opuesto a lo que el niño quiere; y siempre es el adulto quien decide cuál es ese interés superior”.³⁶

Para algunos, ese interés superior implica que “todas las decisiones que se tomen deben tener por fin primordial contribuir a la educación y al desarrollo de la personalidad de quien ha manifestado una actitud anti-

³⁴ Véanse, entre muchos, para las diferentes escuelas y concepciones, Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000; Rosenczveig, Jean Pierre, *Le dispositif français de protection de l'enfance*, 2a. ed., París, Jeunesse et Droit, 1998, p. 658 ; Costanzo, Angelo, “Vicende di due principi costituzionalmente rilevanti e affini”, *Rivista Il diritto di famiglia e delle persone*, 1995-3-1129. Tan es así, que a veces la Convención se cita paradójicamente para revocar decisiones que sobreesen la causa en favor de un menor. Así, por ejemplo, en la sentencia del 3 de julio de 2003, la Cámara Federal de San Martín (provincia de Buenos Aires) hizo lugar al recurso deducido por el Ministerio Fiscal y anuló el sobreseimiento dictado en favor de un menor a quien no se había oído. Dijo el tribunal que “la situación de incomparecencia del causante durante más de un año de iniciado el proceso pone de relieve la falta de conocimiento directo del menor y de informes dirigidos al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encontraba, que permitan establecer si se encontraba en una situación de abandono, falta de asistencia, en peligro material o moral o si presentaba problemas de conducta y adoptar, en su consecuencia, las medidas tutelares de resguardo que correspondan, ya que de lo que se trata es de cumplir con lo dispuesto por el régimen penal de la minoridad (artículo 1o. de la ley 22.278) y con lo establecido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño” (diario *El Dial*, visible en *elDial.com*, 5 de agosto de 2003).

³⁵ Llobet Rodríguez, Javier, “La justicia penal juvenil en el derecho internacional de los derechos humanos”, *op. cit.*, nota 27, p. 397.

³⁶ Puntos Guerrero, Salvador, “La protección de los derechos del niño. ¿Hay lugar para la mediación?”, *I Seminario Internacional en Minoridad y Familia*, Mendoza, 2001, p. 98.

social para que no vuelva a repetirlo en el futuro”. Otros, con mayor precisión, indican que significa “interés en y para la educación del niño, en aquello que favorezca el libre y pleno desarrollo de su personalidad y le lleve a respetar los derechos y libertades y, en consonancia, los bienes jurídicos ajenos; en definitiva, que ayude a reintegrarle a la sociedad”.³⁷ Otros subrayan que “interés superior significa que hay que atender no sólo al respeto de los derechos y garantías individuales de las personas menores de edad, sino a consideraciones fácticas, personales y sociales”.³⁸

La reciente ley 9053 de la provincia de Córdoba, Argentina, dispone en el artículo 4o.: “En todo lo que concierne al niño y al adolescente se deberá atender primordialmente a su interés superior; *entendiendo por tal la promoción de su desarrollo integral*. Toda medida que se tome con relación a ellos deberá asegurar la máxima satisfacción de derechos que sea posible conforme a la legislación vigente”.

C. Los textos de la Convención

Interesan, fundamentalmente, los artículos 37 y 40, ya que ambos comportan un conjunto de preceptos o mandatos específicos sobre la justicia penal juvenil.³⁹

D. Eficacia real de las normas trascritas

Los artículos 37 y 40 son muy importantes en cuanto prohíben la detención ilegal o arbitraria del infractor juvenil; establecen la oportunidad de ser oído en los procedimientos judiciales o administrativos y otras garantías jurisdiccionales, como el derecho a la justicia rápida,⁴⁰ a la invio-

³⁷ Cruz Blanca, María José, *Derecho penal de menores. Ley orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Madrid, Edersa, 2002, p. 313.

³⁸ Sanz Hermida, Ágata A., *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, p. 74.

³⁹ Martín López, María Teresa, “Modelo de justicia juvenil en la convención de derechos del niño”, en Martín López, M. Teresa (coord.), *La protección de los menores. Derechos y recursos para su atención*, Madrid, Civitas, 2001, p. 146.

⁴⁰ El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es importante en todos los ámbitos, pero lo es más aún en el de la minoridad. Precisamente, la Corte Constitucional italiana ha declarado la constitucionalidad de los procedimientos en los tribunales penales

labilidad de la defensa, al recurso; a un proceso amplio y transparente; a la intervención mínima, el principio de subsidiariedad, etcétera.

Lamentablemente, un informe reciente de UNICEF dice:

En gran número de países se cometen violaciones constantes de los derechos de la infancia. Muchos niños están detenidos por conductas no tipificadas como ilícitas o que no serían consideradas delito si las hubiera cometido un adulto. Puede que se les considere culpables por carecer de un hogar, o por no estar bajo la protección de un adulto, y muchas veces se les detiene simplemente para alejarlos de las calles. En Kenia, Côte de Ivoire y el antiguo Zaire, se arresta periódicamente a los niños por carecer de hogar o por vagancia, y en Filipinas y Nepal el número de arrestos suele aumentar poco antes de la visita de un dignatario. Las autoridades arrestan a los niños por una mera sospecha o a causa de delitos menores, como pedir limosna, robar objetos de escaso valor o subir al autobús sin pagar. Existe una correspondencia abrumadora entre los arrestos y el estado de pobreza o de dificultad en que se encuentra la persona arrestada... En Nepal muy pocos niños no han ingresado alguna vez en un centro de detención.⁴¹

E. La Convención y los programas de justicia restaurativa

Se ha dicho que la Convención proporciona la base para las “4 D”, típicas de la justicia retributiva: *desjudicialización*, *descriminalización*, *desinstitucionalización* y *due process* (proceso debido).⁴²

Prevé, además, otra regla muy importante para este modelo, cual es la obligación de los Estados de establecer una pluralidad de medidas para mayor flexibilidad, y en aras de evitar, dentro de lo posible, la adopción de la internación.

Adviértase que la desjudicialización, o *diversion* o desviación o remisión, un aspecto muy importante de la justicia restaurativa, como he explicado en el apartado introductivo, aparece consagrada en el artículo

juveniles cuya finalidad es que, a través de ritos rápidos, se reduzcan los tiempos de exposición del menor al proceso con el inevitable riesgo de estigmatización. Larissa, Silvia, “Corte costituzionale e sistema di giustizia minorile”, *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 104.

⁴¹ Bartlett, Sheridan *et al.*, *Ciudades para los niños. Los derechos de la infancia, la pobreza y la administración urbana*, Madrid, UNICEF, p. 239.

⁴² Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 77.

40.3, cuando se refiere expresamente al derecho del niño a que se adopten “medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

2. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil (U. N. Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice), 1985*

Conocidas como reglas de Pekín (*Beijing Rules*),⁴³ fueron aprobadas por la resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

No establecen un modelo rígido; por el contrario, las reglas están formuladas de tal manera que pueden ser aplicadas en diferentes sistemas jurídicos; por eso se establecen fórmulas y conceptos amplios y flexibles.

Se trata de una especie de codificación de la administración de justicia de jóvenes; versa sobre las sanciones y procedimientos y traza el camino que va desde la identificación de los jóvenes autores hasta su reintegración en la sociedad. Combina los requerimientos del debido proceso con la centralidad del interés y el futuro desarrollo del joven. En particular, reconoce las especiales necesidades del menor, y por lo tanto la necesidad de un proceso flexible que dé posibilidad de opciones; da al Ministerio Público facultad para salir del juicio formal a través de programas comunitarios, restitución, compensación, consejo. Insiste en que la institucionalización debe ser la última medida y siempre por un periodo mínimo. Reitera la protección de la intimidad y del anonimato que prevenga al niño de todo daño o estigmatización; establece la necesidad de evaluar, monitorear y controlar el sistema para estar seguro de su flexibilidad y efectividad. En suma, se inclina en favor de un sistema de justicia que tenga por objetivo la tutela del joven y asegure que la medida adoptada sea proporcional a las circunstancias del delito y del autor (artículo

⁴³ La influencia de las reglas de Pekín sobre la nueva legislación europea es reconocida de modo unánime por la doctrina (véase, entre otros, Balloni, Augusto, “Nuovo processo penale a carico dei minorenni e problemi di criminologia”, *Criminalità e giustizia minorile in Emilia Romagna*, Bologna, Clueb, 1990, pp. 11 y ss.; Cruz Blanca, María José, *op. cit.*, nota 37, p. 107). Véase el cuidadoso análisis de estas reglas en Pérez Martell, Rosa, *El proceso del menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Madrid, Aranzadi, 2002, pp. 111-132.

5.1); declara inoportunas las soluciones exclusivamente punitivas.⁴⁴ Declara el derecho del joven infractor a la presunción de inocencia, a ser notificado de las acusaciones, a no responder, al asesoramiento, a la contradicción y a la doble instancia, a plazos máximos de detención, a un juicio imparcial y equitativo.

El artículo 11 busca intencionalmente la desjudicialización del derecho penal juvenil al disponer:

11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los jóvenes delinquentes sin recurrir a las autoridades competentes mencionadas en la regla 14.1, para que los juzguen oficialmente.

11.2. La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupan de los casos de delincuencia juvenil estarán facultados para resolver dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas.

11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres, o de su tutor; la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.

11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

De este texto surge que la remisión o *diversion* puede utilizarse en cualquier momento del proceso, y siempre debe asegurarse el consentimiento del infractor (o de sus padres o tutores). Los infractores juveniles no deben ser presionados, ni han de sentirse presionados para lograr su consentimiento. Por ello, se aconseja que se tomen disposiciones para una evaluación objetiva de la conveniencia de que intervenga una autoridad competente cuando así se solicite. Adviértase que el artículo 11.4 recomienda especialmente los programas que entrañan el avenimiento mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras trasgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación.

Seguramente, cualquier lector de América Latina razonablemente teme a las facultades discrecionales otorgadas a la policía. Para disminuir

⁴⁴ Cimadomo, Donatello, *Un giudice “unico” per il processo penale minorile*, Padua, Cedam, 2002, p. 13.

ese temor, adviértase que el artículo 12 requiere el principio de especialización, en especial policial, recaudo muy lejos de alcanzar en la realidad cotidiana: “Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esta finalidad”.

En verdad, este instrumento internacional requiere que todos los intervinientes sean especialistas. Dice la regla 22:

Necesidad de personal especializado y capacitado. Para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de menores, se impartirá enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, y se emplearán otros sistemas adecuados de instrucción. El personal encargado de administrar la justicia de menores responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con dicho sistema. Se procurará garantizar una representación equitativa de mujeres y de minorías en los organismos de justicia de menores.

Además, el artículo 6.1 dice: “habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los jóvenes, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones”. El artículo 6.3 completa: “Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos”.

Bien se ha dicho que la competencia y el profesionalismo son los instrumentos más adecuados para restringir el ejercicio excesivo de las facultades discrecionales. Por eso, las Reglas hacen especial hincapié en la idoneidad profesional y en la capacitación profesional de los expertos como medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de tales facultades.⁴⁵

Conforme al artículo 14, todo delincuente juvenil cuyo caso no sea objeto de remisión con arreglo a la regla 11 será puesto a disposición de

⁴⁵ Córdoba, Eduardo, *Universo jurídico del menor*, Córdoba, Lerner, 1994, p. 432.

la autoridad competente (corte, tribunal, junta, consejo, etcétera) que decidirá con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo. El procedimiento favorecerá los intereses del joven infractor y se sustanciará en un ambiente de comprensión que permita que él participe y se exprese libremente. El artículo 5o. dispone que “el sistema de justicia juvenil hará hincapié en el bienestar del niño y garantizará que cualquier respuesta será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.

Queda claro, pues, que el principio de proporcionalidad no sólo debe atender a la gravedad del delito sino también a las circunstancias personales del menor. Un sector de la doctrina afirma que en esta frase quedan comprendidos los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima y su buena disposición para realizar una vida sana y útil,⁴⁶ ambos fines básicos de la justicia restaurativa.

Por su parte, la regla 18.1 ordena: “Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones”. Entre tales decisiones, algunas de las cuales se pueden aplicar simultáneamente, se prevén las siguientes: *a)* órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; *b)* libertad vigilada; *c)* órdenes de prestación de servicios a la comunidad; *d)* sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones, etcétera.

3. *Recomendaciones de organismos europeos*⁴⁷

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha emitido varios documentos cuya pauta común, según la doctrina, es “alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y mediación desde el primer momento, con la intervención policial y la colaboración de los servicios de protección de menores”;⁴⁸ se enumeran, entre otros, los siguientes:

⁴⁶ *Ibidem*, p. 431.

⁴⁷ Altamente significativa para los derechos del menor es la Convención de Estrasburgo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores. No me refiero a ella porque la Convención regula esencialmente los derechos que derivan de sus relaciones de familia, en particular los relativos a la patria potestad y derecho de residencia y de visita. Véase el breve comentario de Fioravanti, Cristiana, “I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l’entrata in vigore, per la Repubblica italiana della Convenzione di Strasburgo”, *Le nueve leggi civili comentate*, 2003-3, p. 561.

⁴⁸ Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 78.

1) La recomendación 11/85 del 28 de junio de 1985, referida a la posición de la víctima en el proceso penal. Este documento ha tenido mucha influencia en la legislación europea; veintidós países modificaron su ley; Inglaterra, Gales y Holanda fueron quienes mejor la instrumentaron. Malta, Chipre, Grecia y Turquía, países donde la justicia restaurativa tiene poco desarrollo, son también los que tienen las legislaciones con un esquema de protección más débil.⁴⁹

2) La recomendación sobre “reacciones sociales a la delincuencia juvenil” (*Recommendation on Social Reactions to Juvenile Delinquency*), R (87) 20, del 17 de septiembre de 1987, reconoce que la educación y la integración social pueden ser las llaves características del sistema penal juvenil; urge a los Estados miembros revisar su legislación y su práctica, especialmente para que los jóvenes no sean juzgados por los tribunales de mayores; afirma que la comunidad debe involucrarse en las políticas, y recomienda el desarrollo de la desjudicialización y la mediación a nivel del órgano de persecución, o de la policía, según sea competente en cada país, con el fin de evitar que las personas menores de edad ingresen en el sistema de justicia penal y sufran sus consecuencias. En tal sentido dispone:

II. Desjudicialización y mediación...

2. Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los jóvenes ser asumidos por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección de la infancia a la aplicación de estos procedimientos.

3. Adoptar las medidas necesarias para que en el curso de estos procedimientos: *a)* se asegure la aceptación por el menor de las eventuales medidas que condicionan la desjudicialización y, si es preciso, la colaboración de su familia; *b)* se conceda una atención adecuada tanto a los derechos e intereses de la víctima como a los del menor.

III. Justicia de menores...

4. Asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos para que ella pueda tener una acción educativa eficaz.

⁴⁹ Weitekamp, E., “Mediation in Europe: Paradoxes, Problems and Promises”, en Morris-Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, cit., nota 1, p. 151.

5. Evitar la remisión de los menores a la jurisdicción de adultos, cuando existen jurisdicciones de menores.

6. Evitar, en la medida de lo posible, la detención preventiva de los menores y, en todo caso, alentar a las autoridades competentes a controlar las condiciones en las que aquella se desarrolla...

9. Alentar la adopción de disposiciones para que todas las personas que intervienen en las diversas fases del procedimiento (policía, abogados, procuradores, jueces, trabajadores sociales), tengan una formación especializada en el ámbito del derecho de menores y de la delincuencia juvenil.

3) La recomendación R (99) 19, titulada “Mediación en asuntos penales” (*Mediation in Penal Matters*)⁵⁰ marca las siguientes líneas:

- a) La legislación debe facilitar la mediación en asuntos penales.
- b) La mediación penal debe ser un servicio a disposición de los sujetos procesales.
- c) Debe permitirse en cualquier estadio del proceso penal.

De cualquier modo, no debe ser tan temprana que impida al imputado saber cuáles son los hechos que se le imputan; en tal sentido, dispone que “los hechos relevantes del caso normalmente tienen que ser conocidos por ambas partes como presupuesto de la mediación” (*the basic facts of a case should normally be acknowledged by both parties as a basis for mediation*).

Tampoco debe ser tan tardía que la mediación se convierta en una simple alternativa de la pena y deje de ser una alternativa del proceso. Por eso, la doctrina interpretativa de la recomendación señala que es preferible al comienzo del proceso, después de conocer los hechos, cuando ni la víctima ni el imputado han sufrido el proceso de estigmatización.

- d) La mediación penal debe tener suficiente autonomía dentro del sistema penal.

Consecuentemente, si la mediación fracasa, los hechos reconocidos no pueden ser usados durante el proceso posterior como prueba

⁵⁰ Para un análisis completo de la recomendación, *cf.* Patanè, Vania, “Note a margine della Raccomandazione N. R. (99) 19 nella prospettiva della «mediazione» nella giustizia penale italiana”, *Annali della Facoltà di Economia dell’Università di Catania*, XLV, 1999. Véanse, también, Scardaccione, Gilda *et al.*, *La mediazione penale*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 43; Hernández Galilea, Jesús Miguel *et al.*, *El sistema español de justicia juvenil*, *cit.*, nota 31, p. 399.

de culpabilidad (*Participation in mediation should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings*). Para que esto sea posible, se exige en el mediador alto grado de confidencialidad, imparcialidad y neutralidad.

- e) Las partes tienen derecho a ser asistidas por un abogado.
- f) La víctima tiene los siguientes derechos: ser informada del proceso; tomar conocimiento de todo lo que le concierne dentro de él; obtener asistencia adecuada durante todo el procedimiento; tener la posibilidad de minimizar cualquier inconveniente y maximizar su protección; evitar retardos inútiles; sensibilizar a aquellos que se ocupan de las necesidades de la víctima.

En definitiva, este importante documento:

- Recomienda que los Estados miembros tiendan a recurrir cada vez más a la mediación penal como una opción flexible, basada en la resolución del problema y en la implicación de las partes, como complemento o como alternativa al proceso judicial.
- Reconoce la necesidad de posibilitar en el procedimiento penal una participación personal activa de la víctima, del delincuente, y de todos aquellos implicados como parte, así como la implicación de la comunidad.
- Declara el interés legítimo de las víctimas a poder expresar las consecuencias de su victimización, comunicarse con el delincuente, y obtener de éste una disculpa y una reparación.
- Afirma la importancia de reforzar en los delincuentes el sentido de la responsabilidad y darles la oportunidad de reivindicarse.
- Reserva a la autoridad judicial la decisión y la valoración de si conviene o no el proceso de mediación por lo que, en definitiva, excluye implícitamente una radical alternativa excluyente entre proceso judicial penal y mediación.⁵¹
- Reafirma la importancia de la claridad, necesaria para que sea posible dialogar.

4) La decisión del Consejo del 15 de marzo de 2001, denominada “Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal”, dispone en el artículo 10:

⁵¹ Patanè, Vania, *op. cit.*, nota anterior, p. 829.

“Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida”. Sin embargo, se pospone hasta el 22 de marzo de 2006 la obligación de adoptar las reformas legales y administrativas necesarias a tal fin. Algunos autores sostienen que este diferimiento temporal supone una posición político-criminal más bien tibia, que puede tener efectos de alguna significación en procedimientos relativos a infractores adultos; en el juvenil, en cambio, no tendrá efectos negativos porque medidas ya existen en la mayoría de las leyes de los países europeos.⁵² De cualquier modo, hay que resaltar que la decisión pone el acento en la igualdad de todos los ciudadanos, al ofrecer a las víctimas iguales derechos, independientemente del lugar en que se encuentren; en tal sentido dispone que “cada Estado debe prever en el sistema judicial un rol efectivo y apropiado a las víctimas”.

4. Reglas que subyacen en todos estos documentos

Del conjunto de los documentos internacionales mencionados surgen las siguientes reglas:⁵³

- Subsidiariedad de la acción de la justicia penal: es necesario adelantarse a tomar medidas positivas a fin de reducir la necesidad de intervención de la ley.
- Especialización y profesionalización de la justicia penal juvenil y de las personas que la integran.
- Proporcionalidad de la intervención penal. El sistema de justicia penal juvenil exige que la reacción frente a los delincuentes sea proporcionada a las circunstancias del delito pero, especialmente, a las propias de los infractores.
- Tratamiento eficaz, equitativo y humano de los jóvenes en conflicto con la ley.
- La noción de privación de libertad debe ser interpretada en forma amplia. Es privación de libertad toda forma de detención, de en-

⁵² Tumarit Sumalla, Joseph, “La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor”, en González Cussac *et al.* (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, *cit.*, nota 6, p. 52.

⁵³ Lazerges, Christine, “Quel droit penal des mineurs pour l’Europe de demain?”, *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, París, Litec, 1992, p. 436.

carcelamiento y de puesta de un menor en un establecimiento público o privado del que no está autorizado a salir por su sola voluntad sino sólo con orden de una autoridad judicial, administrativa o de cualquier otra naturaleza. La privación de la libertad es siempre una medida excepcional. La hipótesis de ubicación con fines educativos no hace excepción a lo expuesto.

VII. INTERESES QUE LA JUSTICIA RESTAURATIVA INTENTA AMPARAR. PROPÓSITOS O FINES GENERALES

Resulta difícil sintetizar las muy diversas opiniones existentes sobre los intereses amparados y fines perseguidos por la justicia restaurativa. Es necesario aclarar que los fines que paso a enunciar no se excluyen unos con otros; además, que la justicia restaurativa no fracasa por el hecho de que en un supuesto se haya cumplido uno y no otro.

- a) En general, los autores coinciden en que la justicia restaurativa intenta proteger tanto el interés de la *víctima* (el ofensor debe reconocer el daño producido e intentar repararlo) cuanto el de la *comunidad* (dirigido a lograr la rehabilitación del ofensor, a prevenir la reincidencia y a reducir los costos de la justicia penal)⁵⁴ y el del *imputado* (no entrará en el circuito penal, pero le serán respetadas las garantías constitucionales).
- b) Los intereses antes mencionados están correlacionados, pero la justicia restaurativa está orientada, de alguna manera, prioritariamente, a la satisfacción de las necesidades de la víctima, quien, a través del ilícito, ya vivió la experiencia de la “victimización”.⁵⁵ La pregunta

⁵⁴ Miers D. *et al.*, *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, *cit.*, nota 8, p. 9.

⁵⁵ Ceretti, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 310. Recientemente, en protección de la víctima menor de edad y para evitar la victimización, la República Argentina ha sancionado la ley 25.852, publicada el 8 de enero de 2004, que modifica el Código Procesal Penal de la nación. Los textos actualmente vigentes dicen: “*Artículo 250 bis*. Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con

central no es: ¿quién debe ser sancionado?, ¿con qué pena?, sino ¿qué debe hacerse para reparar el daño?

El hecho de la que justicia debe atender a las necesidades de la comunidad no debe conducir a reducir la justicia a la idea de *pena* justa, *tratamiento individualizado*, o *control del crimen*. La justicia debe ser vista también como una vía o remedio para reparar las heridas, y cuando el imputado paga los daños producidos no como una pena (que debilita aún más sus lazos con el mundo adulto), sino a través de un verdadero acercamiento que ha tenido con la víctima, es mayor la posibilidad de preservar su propia dignidad.⁵⁶

- c) Los intereses de naturaleza económica, como integrantes de intereses comunitarios, no deben descartarse ni minusvalorarse. Muchos programas de los Estados Unidos nacieron para disminuir el número de expedientes de la justicia penal juvenil, y para bajar los costos, dado que se utilizan familias sustitutas y otros recursos comunitarios que no pesan sobre el presupuesto del Estado.⁵⁷

los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriba; d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieron durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado”.

“*Artículo 250 ter.* Cuando se trate de víctimas previstas en el artículo 250 bis, que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieren cumplido los 18 años, el tribunal, previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 250 bis”.

⁵⁶ Bazemore, Gordon, “A Vision for Community Juvenile Justice”, *Rev. Juvenile and Family Court Journal*, vol. 49, núm. 4, 1998, p. 72.

⁵⁷ Sturges, J., “Westmoreland County Youth Commissions: a Diversionary Program Based on Balanced and Restorative Justice”, *Rev. Juvenile and Family Court*, vol. 52, núm. 3, 2001, p. 1. La autora afirma que éstos fueron los dos fines principales perseguidos, hace 35 años, cuando en el condado de Westmoreland, estado de Pennsylvania, su Primera Comisión para Jóvenes creó estos programas alternativos a los procesos judiciales. Afirma, sin embargo, que los programas actuales no tienen similitud con los prime-

La disminución de los costos del Estado no es un fin malo en sí mismo si persigue la mejor distribución; frente a la escasez, incluso, existe la obligación moral de distribuir bien. La mala distribución es manifiesta en la mayoría de los países de América Latina. Así, por ejemplo, en Nicaragua una investigación arrojó un dato muy curioso: el costo por niña-niño o adolescente privado de la libertad era de doscientos dólares por mes, siendo que el ingreso familiar de cada uno de ellos no llegaba a cincuenta dólares; o sea, el Estado y la sociedad invertían en el internamiento o encierro de personas casi cinco veces los ingresos de toda la familia, que, por otra parte, apenas les alcanzaba para comer.⁵⁸

Ante el crecimiento de las cifras de criminalidad, en Alemania se reconoce que una importante función de la *diversion* es reducir el número de casos a resolver por los tribunales; dicho en otras palabras, la desjudicialización constituye un medio para mantener constante la carga de trabajo de la administración de justicia.⁵⁹ En suma, aunque aliviar la carga de la justicia no sea el único fin perseguido, no puede descartárselo como uno de los buscados,⁶⁰ especialmente si se tiene en consideración que este método puede llevar a que la justicia se ocupe principalmente de aquellos casos severamente graves, donde fracasan los otros remedios. Piénsese que este resultado es el que busca el principio de intervención mínima, como he dicho, plenamente aplicable a la justicia penal juvenil.

d) También se persigue disminuir la población carcelaria.⁶¹ Este fin fue expuesto por Schafer en 1970, y aunque sus ideas fueron criti-

ros. La mayoría de estos programas son educativos y se centran, casi especialmente, en el ofensor. Señala la importancia de la participación de la comunidad, sin la cual ninguno de estos programas es posible.

⁵⁸ Cuaresma Terán, Sergio, “La justicia penal de adolescente en Nicaragua”, *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 5, 2000, p. 27.

⁵⁹ “Reacciones en los campos de la administración de justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea”, *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, cit., nota 31, p. 153.

⁶⁰ Queralt, Joan, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación”, *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 149.

⁶¹ Para una crítica a esta visión, véase Pavarini, Massimo, “Descarcerización y mediación en el sistema penal de menores”, *Nueva doctrina penal*, 1998/A, p. 111.

cadadas, siguen ejerciendo influencias dentro del movimiento que impulsa la justicia restaurativa.⁶² En efecto, las cárceles sólo hacen crecer las tasas de criminalidad; son “universidades donde se enseñan nuevas técnicas para delinquir”; sirven para aislar al delincuente e impedirle, más o menos, por un tiempo, no realizar actos ilícitos mientras está en la prisión, pero nada más; no hace falta compartir la tesis del “abolicionismo” para verificar la ineficacia de la pena privativa de la libertad; es inevitable, pues, que al analizar el tema de la justicia restaurativa y sus programas, se mencione el rotundo fracaso del sistema carcelario.⁶³

⁶² Una crítica a la tesis de Schafer se encuentra en Weitekamp, Elmar, “Research on Victim-Offender Mediation. Findings and Needs for the Futures”, *op. cit.*, nota 12, p. 110. Por su parte, en opinión de Pavarini, las tasas de carcerización no tienen relación ni con la evolución de la criminalidad (ya sea aparente o real) ni con el marco normativo de referencia (mayor o menor número de supuestos legales de *diversion*, de penas sustitutivas y de modalidades alternativas a la pena privativa de libertad). Por el contrario, parecen responder directa e indirectamente a cómo se construye socialmente el reclamo de penalización. Pavarini, Massimo, *op. cit.*, nota anterior, p. 120.

Es interesante señalar que un autor defensor de la justicia restaurativa señala, entre los argumentos en contra del encierro como pena, que las cárceles aparecieron recién en el siglo XVI y que la prisión se convirtió en la principal forma de punición recién en el siglo XVIII (Beristain, Antonio, “La médiation pénale: entre répression, réparation et création”, *La médiation pénale, cit.*, nota 27, p. 146). Para el análisis histórico de las cárceles, véase Burillo Albacete, Fernando, *El nacimiento de la pena privativa de libertad*, Madrid, Edersa, 1999; Buján, Javier A. y Ferrando, Víctor H., *La cárcel argentina. Una perspectiva crítica*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, pp. 25 y ss.; Neuman, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Buenos Aires, Pannedille, 1971. Dice Neuman: “La antigüedad desconoció a la privación de la libertad, estrictamente considerada, como sanción penal; si bien desde tiempos inmemoriales existió el encierro, no lo es menos que sirvió, hasta las postrimerías del siglo XVIII, a los fines de contención y guardia de la persona física del reo. Se lo utiliza como una verdadera antecámara de suplicios donde depositar al acusado a la espera de juzgamiento. Así fue conocido en los diferentes países de Oriente y Medio Oriente: China, Babilonia, Persia, Egipto, Arabia, India, Japón e Israel. Resulta curioso comprobar que en las civilizaciones precolombinas también la cárcel fue lugar de guardia y tormento. Ni los propios romanos, que al decir de Carrara fueron «gigantes en el derecho civil y pigmeos en el derecho penal», cocibieron el encierro más que como aseguramiento preventivo” (p. 20).

⁶³ Véase, en este sentido, Highton, E. *et al.*, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal, cit.*, nota 4, p. 20. Amplias referencias estadísticas sobre la evolución de la pena privativa de libertad en Europa entre 1988 y 1993 se encuentran en Jiménez-Salinas y Colomer, Esther, “La mediación penal en pret comparat”, *La mediación penal*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1999, pp. 90-93. La bibliografía sobre las penas sustitutivas de la prisión es también muy extensa. Véase, entre otros, Serrano Pascual, Mariano, *Las for-*

Por lo demás, la situación de los jóvenes y niños privados de la libertad ha sido y es gravemente lesiva de sus mínimos derechos, a punto tal que las Naciones Unidas dictaron las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. El preámbulo de estas Reglas describe la situación sin tapujos:

Alarmado por las condiciones y circunstancias en que los menores están siendo privados de su libertad en todo el mundo;

Consciente de que cuando los menores se encuentran privados de libertad son sumamente vulnerables a los malos tratos, a la victimización, y a la violación de sus derechos;

Preocupado por el hecho de que muchos sistemas no establecen una diferenciación entre adultos y menores en las distintas fases de la administración de justicia y, en consecuencia, los menores están detenidos en prisiones y centros junto con los adultos.

- e) Muchos autores que propician la justicia restaurativa afirman que los programas disminuyen la tasa de reincidencia; que hasta ahora hay menos reincidencia entre los menores sometidos a la justicia restaurativa que a la justicia común. Así lo admitió un artículo aparecido en el diario *The Times*, que reconoce el origen de esta práctica en las costumbres de los pueblos maorí en Australia y Nueva Zelanda.⁶⁴

Normalmente, para medir estos resultados, los estudios toman la tasa de reincidencia en los dos años posteriores a la condena; otros usan un año.⁶⁵ Sin embargo, evaluar las estadísticas en esta materia es muy difícil, por lo que debe tenerse mucha precaución con los datos que se manejan. Verificar el índice de reincidencia y de nue-

mas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español, Madrid, Trivium, 1999; Cid, J. y Larrauri, E. (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997.

⁶⁴ Citado por Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates*, cit., nota 11, p. 21.

⁶⁵ Maxwell, G. y Morris, A., "Family Group Conferences and Reoffending", en Morris-Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation and Circles*, cit., nota 1, pp. 243 y ss. No obstante estas dificultades, existen importantes estudios empíricos sobre la cuestión. Véase Miers D. *et al.*, *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, cit., nota 8, pp. 42-60.

vas condenas es una manera de medir el éxito de las políticas criminológicas. La nueva condena es sólo una parte, porque hay gente que reincide pero no es detectada; otros han sido detectados pero no han sido condenados. Por otro lado, si la policía focaliza su actividad en determinados individuos, determinados crímenes o determinadas localidades, algunas personas tienen más chances de ser condenadas como reincidentes que otras.

- f) Para algunos, la justicia restaurativa también persigue reinserción del infractor dentro de la sociedad. Moberly⁶⁶ sostiene que la justicia retributiva tradicional se ha preocupado poco o nada por reintegrar a quien cumplió la pena a la sociedad. No obstante, recuerda que últimamente en Canadá y Gran Bretaña se han creado los llamados “círculos de soporte y responsabilidad”, que apoyan incluso a los condenados por delitos sexuales (incluida la pedofilia, tan difícil de aceptar por la comunidad); estos círculos sirven de apoyo a quien cumplió la pena, pero fundamentalmente de control de su conducta, de modo tal que la sociedad se siente más tranquila, porque lo sabe custodiado por el círculo; el vecindario vive tranquilo, aunque el ex convicto haya vuelto, pero esto no significa que él está ciertamente reinsertado.
- g) La justicia restaurativa no tiene por fin el abolicionismo; no cree que algún día las penas serán suprimidas; sin embargo, persigue que sean disminuidas. De cualquier modo, la influencia de las ideas abolicionistas son claras en la justicia restaurativa, filosóficamente basada en la crisis de la concepción retributiva de la pena, y en la convicción de que las penas tradicionales tampoco evitan conductas futuras similares, sea del infractor o de cualquier otro miembro de la comunidad (teorías utilitaristas).⁶⁷ Dicho de otro modo, no aban-

⁶⁶ Citado por Johnstone, Gerry, *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates, cit.*, nota 11, p. 103.

⁶⁷ Scardaccione, Gilda *et al.*, *La mediazione penale, cit.*, nota 50, p. 7. Sobre abolicionismo en general, véase, especialmente, *Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1980 (trad. de Ciafardini y Bondanza, Buenos Aires, Ediar, 1987); Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984; Christie, Nils, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Torino, Gruppo Abele, 1985; varios autores, *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989 (en este libro, véanse los trabajos de Scheerer, Sebastián, “Hacia el abolicionismo”; Steiert, H., “Más allá del delito y de la pena”; Folter, Rolf S., “Sobre la fundamentación metodo-

dona completamente el ideal rehabilitativo, pero se funda en la crisis de la eficacia de la pena, tal como está instrumentada en el derecho penal actual. De algún modo, el abolicionismo constituye un paso más allá, pues sueña con una sociedad no sólo sin prisiones sino también sin derecho penal; la larga lista de deficiencias y nocividades del sistema penal conduce a los defensores del abolicionismo a negar cualquier efecto positivo de la intervención punitiva, tanto respecto de las víctimas como de los infractores y de la sociedad.⁶⁸

VIII. UN FIN ESENCIAL. LA REPARACIÓN

1. *La solución tradicional*

Prácticamente todos los códigos civiles contienen normas según las cuales los padres responden por los hechos de los hijos menores (en la Argentina, véase el artículo 1114 del Código Civil). De modo similar al tradicional, pero con límites, el legislador canadiense de Ontario ha introducido una responsabilidad civil de los padres por daños en caso de vandalismo, daño a las cosas, etcétera, de hasta 6,000 dólares canadien-

lógica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal”; Hulsman, Louk, “La criminología crítica y el concepto de delito”; Mathiesen, T., “La política del abolicionismo”; Christie, Nils, “Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno”; Mathiesen, T., “Comentario sobre el poder y abolicionismo”). También puede verse Sarrulle, Óscar E., *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Universidad, 1998; Sánchez Romero, Cecilia y Houed Vega, Mario, *La abolición del sistema penal*, San José de Costa Rica, Editec, 1992; Riquert, Marcelo A., *Una mirada crítica sobre los sistemas penales: derecho penal mínimo y abolicionismo penal*, ED 169-1139; Tieghi, Osvaldo N., *El abolicionismo, el abolicionismo radical y el abolicionismo institucional*, JA 1995-IV-882. Para las relaciones entre abolicionismo y mediación, véase Highton, E. *et al.*, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, *cit.*, nota 4, p. 35. Para las relaciones entre abolicionismo y víctima, Laborde, Daniel M., *Víctima, proceso y abolicionismo penal*, LL 1996-A-1182; Roig Torres, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 445. Se ha dicho que el abolicionismo no es siempre directo y abierto sino que surge, incluso inconscientemente, de modo soterrado o indirecto. Tal sucede con la irrupción en el derecho penal de ciertos planteamientos respetuosos para con la víctima (Queralt, Joan, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación”, *op. cit.*, nota 60, p. 148).

⁶⁸ Pérez Sanzberro, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura a una nueva vía?*, Granada, Comares, 1999, p. 13.

ses, de la que los padres sólo quedan exentos si logran demostrar que han cumplido adecuadamente sus obligaciones de vigilancia y educativas. También el decreto legislativo 899 del Perú, de mayo de 1998, que regula “el pandillaje pernicioso”, establece que los padres, tutores, apoderados o quienes detentan la custodia de los adolescentes que sean pasibles de las medidas a que se refiere la norma, serán responsables solidarios por los daños y perjuicios ocasionados.

Esta respuesta beneficia a la víctima, a quien la ley intenta encontrar un responsable solvente, pero el resultado no siempre se produce, pues muchas veces el delincuente juvenil emana de sectores socialmente perjudicados, por lo que la norma, en definitiva, afecta a padres de solvencia muy limitada. Por otro parte, la responsabilidad de los padres puede someter la convivencia familiar a tensiones aún mayores a las que existían antes de la infracción. La salida puede venir por el lado de la justicia restaurativa, que intenta responsabilizar al propio menor.⁶⁹

2. Una idea preliminar básica

La primera cuestión es alertar sobre el uso de las palabras. En la teoría de la justicia restaurativa, reparar no significa, como en la teoría general del derecho de daños, *compensar económicamente el daño causado*; la reparación tiene un valor mucho más profundo; sobre todo, tiene un “espesor ético que la hace más compleja que el mero resarcimiento”;⁷⁰ por eso, sobrepasa la idea de reparación material entre dañador y dañado; idealmente, comprende la restauración de los lazos sociales entre la víctima y el dañador, entre la víctima y la comunidad, y entre el dañador y la comunidad. En otros términos, la reparación del dañador a la víctima es el punto de partida de una transformación más profunda de las relaciones sociales en juego. Esta perspectiva reconoce la confluencia de varios principios desde que la reparación intenta, al mismo tiempo, recuperar el papel de la víctima en el proceso, consolidar la función pacificadora del derecho penal, y resocializar al delincuente.⁷¹

⁶⁹ Dünkel, “Reacciones en los campos de la administración de justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea”, *La responsabilidad penal de los menores...*, cit., nota 31, p. 134.

⁷⁰ Ceretti, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 310.

⁷¹ Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 220; Lewis, María M., “Principios de legalidad y oportunidad en la mediación penal”, en Fellini Zulita (dir.), *Mediación penal*.

Se trata de un concepto amplio de reparación que atiende no sólo al resultado sino a todo el proceso. Comprende la reparación *material* (devolver lo robado, volver las cosas al estado anterior a la destrucción de la cosa, etcétera), pero también curar la aflicción producida a la víctima: muchas veces, para ella la conciencia de la responsabilidad seguida de una demostración de arrepentimiento sincero de parte del autor es de capital importancia; la simple participación en una reunión restaurativa le da la ocasión de comunicarse directamente con el autor; a veces, respuestas a ciertas preguntas pueden traer tranquilidad (por ejemplo, ¿es que yo fui señalada, elegida específicamente para este hecho?). Investigaciones practicadas en muchos países muestran que normalmente las víctimas son menos punitivas hacia los delincuentes juveniles de lo que podría pensarse. Una reunión, bien organizada, debería llevar a determinar las causas de la delincuencia y a identificar los medios existentes en la comunidad útiles para la rehabilitación o el tratamiento del autor. En el mejor de los casos, debería restaurar la relación del autor con su familia (normalmente alienada por su delincuencia), la víctima (que se convierte en una persona conocida, digna de respeto, en lugar de ser una fuente desconocida de los beneficios del crimen) y la comunidad (que expresa su disconformidad con los problemas generados por el delito). Sin embargo, no hay que caer en un idealismo que no responde a la realidad. Una entrevista entre la víctima y un autor manipulador puede ser desastrosa para las víctimas.⁷²

Suzanne Retzinger y Thomas Scheff⁷³ van más allá, y distinguen dos tipos de reparación: *a)* material, y *b)* simbólica.

Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002, p. 123; en esta misma obra, Oberlander, Cinthia R., “Flexibilización del principio de legalidad” (p. 135), y Moyano, Fabio A., “Evolución histórica del modelo conciliatorio” (p. 107). Uso la expresión “*principio de oportunidad*” sin desconocer la dificultad en dar una definición clara y taxativa de lo que debe entenderse por principio de oportunidad, no existiendo tampoco uniformidad en la doctrina, a punto tal que un autor ha señalado que este principio se está convirtiendo en un cajón de sastre en el que cabe cualquier instrumento penal o procesal aunque nada tenga que ver con el ejercicio de dicha oportunidad (De la Oliva Santos, citado por Serrano Pascual, Mariano, *Las formas sustitutivas de la prisión en el derecho penal español*, Madrid, Trivium, 1999, p. 191).

⁷² Bruce, Archibald, *op. cit.*, nota 5.

⁷³ Citados por Johnstone, Gerry, *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates, cit.*, nota 11, p. 117.

La reparación *material* supone un acuerdo, al que llegan ambas partes (una oferta y aceptación de una suma determinada o de prestación de servicios específicos). La reparación *simbólica* es un proceso menos visible, y consiste en la secuencia central, el corazón de la medida (*core sequence*): el ofensor expresa una vergüenza genuina por lo hecho y remordimiento por sus acciones. En respuesta, la víctima da, como mínimo, un primer paso hacia el perdón. Los autores, claramente, dan más importancia a la reparación simbólica que a la material. Sin la simbólica es muy difícil llegar a la material. Sin embargo, reconocen que es difícil alcanzar una reparación simbólica auténtica y depende, muchísimo, de la dinámica de la reunión.

3. *Finalidad educativa de la reparación*

Los objetivos de la reparación son educativos y se inscriben en un proceso de responsabilización del joven infractor.

El joven infractor debe tomar conciencia de la existencia de una ley penal, de su contenido y de las consecuencias de su violación para él, para la víctima y para la sociedad toda. Tomar conciencia de lo prohibido es la primera etapa necesaria para la responsabilización del joven. El adolescente, como el niño, tiene necesidad de normas para estructurarse; busca que se le pongan los límites necesarios para su maduración, y la reparación se presenta como una de las respuestas posibles para el delito cometido. La mayor parte de los jóvenes infractores, en el momento del acto, no tienen conciencia del perjuicio que causan. El discurso educativo tendente a negar el delito y a considerar al menor como una víctima ha contribuido fuertemente a ese resultado. Mantener al joven en este estado de irresponsabilidad favorece a la reincidencia y priva al adolescente delincuente de la posibilidad de vivir su angustia, elaborarla y liberarse. La reparación debe facilitar esta toma de conciencia del acto cometido y de los perjuicios causados.

Por eso, al fijar el modo de reparar, es importante conocer aquello que puede motivarlo, atraerlo, interesarlo, o que simplemente puede estar dispuesto a descubrir. Dice Alain Cruel, presidente del Tribunal de Menores de París: una actividad en beneficio de la comunidad debería tener una relación evidente en su esencia con la infracción cometida, o inscri-

birse en acciones con un alto contenido de solidaridad (protección de los más débiles, del medio ambiente, del tercer mundo) que puedan movilizar la generosidad latente de los jóvenes y a las que éstos pueden adherirse plenamente. Siempre que ello sea posible, y siguiendo esta reflexión, es importante que la actividad en la que se implique tenga relación con los hechos delictivos en los que ha asumido responsabilidad. Esto fomentará en el joven la toma de conciencia de las consecuencias de sus actos, a la vez que potenciará en él actitudes responsables.⁷⁴ Atribuyendo un contenido valorizante a la prestación, la reparación hace pasar al joven de la deuda a la entrega, ayudándolo así a reconstruir su propia imagen.

Insistiendo en este aspecto, Milburn sostiene que la reparación no consiste, esencialmente, en que el joven contribuya a volver las cosas al estado en que se encontraban antes de ocasionar el daño, sino a que vuelva a encontrar la paz con el ambiente social y que se restaure el lazo roto con la sociedad y sus normas. No se trata de borrar el acto trasgresor sino de reconocerlo. Por eso, la reparación no es una mediación penal, vuelta hacia el daño causado a la víctima, ni un trabajo de interés general ni una amonestación legal, aunque pueda tomar un aspecto de todos ellos. Se traduce, en su contenido educativo, en una serie de medios, con un educador, y en una actividad que puede ser realizada en favor de la víctima, si la situación se presta, a través de un servicio educativo. La noción de actividad es esencial y no consiste en un trabajo que tenga un mero o simple valor disuasivo sino en una actividad que procure educar al joven.⁷⁵

Fuertemente restauradora de los lazos sociales lesionados por el acto agresivo, la reparación inicia el camino del delincuente que lo conduce de la violencia hacia los demás, o hacia sí mismo, al amor al otro, o a sí mismo. Las medidas restaurativas, al igual que las educativas, son siempre revisables y de una gran variedad y riqueza evidente. Consecuentemente, si se muestran insuficientes para detener el comportamiento del menor cuya personalidad criminopática aparece estructurada, o en curso de consolida-

⁷⁴ Hernández Galilea, Jesús Miguel *et al.*, *El sistema español de justicia juvenil*, *cit.*, nota 31, p. 410.

⁷⁵ Milburn, Philip, *La réparation pénale à l'égard des mineurs*, París, Mission de recherche Droit et Justice, núm. 1, 2002, pp. 9-10 (el autor no es jurista sino un investigador en sociología en la Universidad de Metz, Francia. Por eso, en esta obra se encuentra muchos datos estadísticos relativos al uso de las medidas en Francia).

ción, o si las circunstancias lo exigen, las respuestas estrictamente penales pueden y deben intervenir.⁷⁶

4. *A quién beneficia la reparación material*

En la medida de lo posible, la reparación debe beneficiar a la víctima. Desde el punto de vista teórico, esta solución se presenta como la más adecuada; pero las cosas no siempre son sencillas, y la respuesta depende de varios factores, tales como el interés de la víctima, la naturaleza de la infracción (robo, violencia, etcétera), la disponibilidad de la víctima a la reparación, el riesgo de comportamiento excesivo de parte de la víctima o de sus representantes, etcétera.

Algunos autores distinguen entre víctima persona física y otras víctimas. Las personas físicas normalmente están preocupadas por la reparación del perjuicio sufrido y muchas son reticentes a tratar directamente con el autor; tienen muchas razones para no querer implicarse en el proceso: miedo a la represalia, necesidad psicológica del olvido de lo que han vivido, indiferencia, falta de disponibilidad de tiempo, o de facilidades, etcétera. Las cosas pueden ser diferentes cuando la dañada es una persona jurídica (privada o pública). Cuando es una persona jurídica privada, la reparación directa depende de la naturaleza de la infracción. No siempre es fácil “reparar” un hurto, y una actividad educativa y pedagógica se muestra netamente como más apropiada. Por eso, la solución restaurativa puede ser fácilmente justificable siempre que los representantes de la víctima (comerciantes, empleados, habitantes) reconozcan el valor educativo de la actividad y no la consideren como una punición cuya ejecución se perdona a la víctima. Otro tanto ocurre cuando es una persona jurídica pública. El hecho de que la reparación sea en favor del municipio dañado facilita el establecimiento de lazos educativos entre el perjuicio y la actividad.

Desde otra perspectiva, se afirma que la reparación también opera en favor del trasgresor, porque se da cuenta del verdadero daño causado y le ayuda en el proceso de reinserción social; disminuye la indignación hacia él de la víctima y del público; puede, incluso, llegarse a ganar el res-

⁷⁶ Cario, Robert, “Entre virtualité de l’éducatif et réalité du répressif. Les spécificités de la prise en charge judiciaire des jeunes délinquants”, en Nérac Croisier, Roselyne (dir.), *Le mineur et le droit penal*, París, L’Harmattan, 1998, pp. 187 y 191.

peto; en suma, reparar puede convertirse en una especie de proceso de redención que le impida equivocarse nuevamente.

5. *Diferencia entre algunas medidas rehabilitativas de jóvenes delincuentes y los programas de la justicia restaurativa*

Objetivamente, muchas medidas tomadas por un juez tradicional pueden no diferir de las que se toman a través de programas de justicia restaurativa. Por ejemplo, trabajar en un programa que evite la reincidencia es un instrumento muchas veces aceptado por las víctimas, desde que se contentan con el hecho de que el joven no vuelva a cometer el mismo ilícito ni con ellas ni con otras personas. Esta alternativa es muy parecida a la rehabilitación, que está en otros sistemas, por lo que no se necesitaría hablar de justicia restaurativa; la diferencia está en que en la justicia restaurativa la reparación incluye la idea de que el ofensor se siente *realmente responsable* y muestra un *arrepentimiento activo*.

De allí que algunos autores italianos⁷⁷ mencionen como primer objetivo de la justicia restaurativa el reconocimiento del infractor a la víctima de su propia responsabilidad; a través de ese reconocimiento, la parte dañada debe poder sentir que gana nuevamente el control sobre su propia vida y sobre sus propias emociones, superando gradualmente los sentimientos de venganza, rencor y desconfianza hacia la autoridad que debió tutelarla. Consecuentemente, cuando se habla de la reparación de la ofensa, se lo hace desde su dimensión global: además del componente estrictamente económico del daño, debe ser valorada la dimensión emocional de la ofensa que puede ser causa de inseguridad colectiva y que puede inducir al ciudadano a modificar sus hábitos de conducta. Todo esto sin perder de vista el principio de proporcionalidad y sin caer en forma de retribución disfrazada, desde que el comportamiento requerido al autor no está impuesto en función aflictiva sino reconciliativa, reparativa.

Pero lo que distingue realmente ambas medidas es el *consentimiento* del joven infractor al programa restaurativo; ese consentimiento es el que permite “transformar al delincuente de sujeto pasivo en sujeto activo de su sanción”. El imputado no *sufre* la sanción sino que la consiente. Pero a su vez, la reparación del menor no resultará de su sola adhesión, sino que requiere de la voluntad de otro.

⁷⁷ Ceretti, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 14, p. 311.

6. Actividades posibles

Las actividades a desarrollar por el joven infractor pueden ser muy variadas: limpieza en los centros de socorro de bomberos; cuidado de espacios verdes públicos; cuidado de bosques; instalación de decoraciones para navidad para el municipio; trabajo en correos; ayuda en cocinas populares; acompañamiento de personas ancianas o discapacitados; preparación de niños en competencias deportivas; organización de bibliotecas; limpieza en un cine; acompañamiento de perros; trabajos en casa de la víctima; acompañamiento a grupos de toxicómanos y prevención de la droga, etcétera.

Milburg dedica el capítulo sexto de su libro a contar el caso de un chico que asiduamente arruinaba los muros públicos y privados con pinturas de todo tipo; durante quince días, acompañado por un empleado del municipio que lo controlaba, puso y renovó carteles indicadores en las rutas, pintó las pistas de atletismo de un campo comunal, hizo trabajo de manutención en almacenes, como recibir y embalar mercaderías, limpió el frente del supermercado que había dañado, etcétera.⁷⁸ Relata luego lo que cada interviniente sintió al cumplirse la medida: la educadora, el dueño del supermercado, el jefe de la oficina municipal, el joven, los padres, etcétera. Llega a la conclusión de que el acuerdo celebrado con el municipio fue altamente educador para el joven, quien de este modo sanó los vínculos afectados por la infracción cometida.

De cualquier modo, se debe ser muy cauteloso; algunas son tan simbólicas que no son aceptadas como serias; otras son denigratorias (por ejemplo la propuesta de que el autor use una camiseta que diga “Soy un ladrón” jamás podría ser admitida, porque no reeduca ni reintegra)⁷⁹ y, consecuentemente, deben ser rechazadas de plano.

IX. IDEA FILOSÓFICA QUE SE ENCUENTRA A LA BASE DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA: LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

En el nuevo milenio, la mayoría de las democracias occidentales parecen haber superado la opción “liberalismo clásico o asistencialismo diri-

⁷⁸ Milburn, Philip, *op. cit.*, nota 75, p. 138.

⁷⁹ Johnstone, Gerry, *Restorative Justice. Ideas, Values, Debates, cit.*, nota 11, p. 58.

gista del Estado providencia”; ambos sistemas se presentan igualmente perimidos e inadecuados para las necesidades sociales *posmodernas*. Se privatiza (siguiendo las ideas liberales), pero se advierte la necesidad de un control descentralizado y participativo generándose lo que ha dado en llamarse un *derecho reflexivo*. Habermas enseña que la crisis de motivación y de legitimidad debe ser resuelta a través de la reconstrucción del consenso. Su discurso ético se caracteriza por la necesidad de instalar *procedimientos* que aseguren que ese consenso puede ser alcanzado sin fuerza, manipulación o engaño; sólo así el resultado de estas deliberaciones tiene validez y legitimación para la comunidad.

Conforme lo dicho, no es difícil entender por qué el movimiento que apoya la justicia restaurativa se conecta al de la “democracia participativa”, desde que presenta características de este “derecho reflexivo” y, consecuentemente, encuentra sus bases profundas en el filósofo mencionado.⁸⁰

X. CONCLUSIONES PROVISORIAS

El punto de partida de estas reflexiones fue: el sistema formal de la justicia penal de menores no sirve; nadie gana, todos pierden. Pierde el ofensor porque ingresa a un sistema estigmatizador que no lo reconcilia consigo mismo, lo aleja de sus afectos, y continúa siendo un excluido de la sociedad. Pierde la víctima porque, siendo la dañada directa, clama como Quijote contra molinos de viento y profundiza su condición de víctima. Pierde el Estado porque frente a recursos escasos, gasta ingentes sumas de dinero en un sistema deficiente. Pierde la sociedad, porque contamina su cuerpo con sentimientos de injusticia, infelicidad e inseguridad.

El objetivo básico se redujo a la frase atribuida al presidente Franklin D. Roosevelt: “*algo hay que hacer*”, a la que he agregado el calificativo

⁸⁰ Bruce, Archibald, *op. cit.*, nota 5; Mackay, Robert, “Ethics and Good Practice in Restorative Justice”, *Victim-Offender Mediation in Europe, cit.*, nota 12, p. 50. Entre las obras de Habermas que sirven de base a la filosofía que inspira la justicia restaurativa pueden compulsarse: Habermas, Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. de R. Rochlitz, París, Gallimard, 1997, especialmente capítulos VII y VIII. La edición en español se publicó bajo el título *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998. Igualmente, “¿Qué significa política deliberativa?”, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 231 y ss.

“distinto”. O sea, “*algo distinto hay que hacer*”, porque parece que lo que hasta ahora hacemos sirve de poco, y si seguimos haciendo lo mismo no tenemos posibilidad de un resultado diferente

En mi opinión, los programas de justicia restaurativa se mueven sobre dos instrumentos esenciales, que son: la desjudicialización y la participación de la víctima en el proceso.

La línea divisoria que separa los programas de la justicia restaurativa de otras prácticas tanto en uno como en otro instrumento puede ser tan débil, que siento la necesidad de comenzar por formulaciones negativas, o sea, diciendo qué no debe ser, a mi juicio, la llamada justicia restaurativa. Luego diré por qué el ordenamiento no debe poner barreras a los instrumentos utilizados por la justicia restaurativa, y concluiré diciendo qué se podría hacer y con quién.

1. *Justicia restaurativa no significa “privatizar” el sistema de justicia*

Se ha dicho: “volver a la justicia privada supondría un luctuoso retroceso en nuestra evolución jurídica. Pensar que el delito puede resolverse mediante un acuerdo entre ofensor y víctima supone olvidar las tropelías de la justicia primitiva”.⁸¹ En el mismo sentido, se afirma que “la mediación de la víctima con el ofensor significa la privatización y la sumisión del sistema penal de justicia en uno de reparación económica, dejando en manos privadas lo que es, o al menos fue siempre, en las sociedades democráticas, el derecho exclusivo del Estado de salvaguardar la igualdad de trato de los autores y la protección de la comunidad”; “la privatización de la justicia llevará a la privatización de las cárceles, como ya ha sucedido en algunos países”; “implica la colonización cultural de Europa por los Estados Unidos: primero vinieron la Coca-Cola, después las hamburguesas y ahora la mediación víctima-ofensor”.⁸²

⁸¹ Roig Torres, Margarita, *op. cit.*, nota 67, p. 458; en la p. 451 la autora concluye: “A nuestro entender, la mediación sólo puede admitirse dentro del sistema penal como medio para agilizar el cobro de la responsabilidad civil y sólo excepcionalmente cuando la conducta reparadora del autor pudiera hacer innecesaria la reacción punitiva de acuerdo con el principio de oportunidad, como procedimiento para alcanzar el acuerdo reparador. En ningún caso, sin embargo, ni siquiera tratándose de delitos menores, puede reemplazar al proceso punitivo como vía de resolución del delito”.

⁸² Frases contrarias oídas en diversos encuentros, citadas por Weitekamp, E., “Mediation in Europe: Paradoxes, Problems and Promises”, *op. cit.*, nota 49, p. 148.

Frente a estos llamados de alerta, la primera respuesta es que el Estado, y específicamente el Poder Judicial, no puede ni debe abdicar del rol de garante de las libertades y de los derechos constitucionalmente amparados.

Consecuentemente, cuando respondo sí a los programas restaurativos (y no sólo la mediación) no digo “privatizar la justicia”, ni afirmo “justicia sin Estado”. Por el contrario, digo justicia con Estado y con otros organismos comunitarios; justicia *con todos*, porque el tema de los delitos cometidos por personas menores de edad es un problema tan serio, obedece a tantas causas, presenta tanta variedad, que es absurdo pensar que la solución está en manos exclusivas de uno solo (el Estado, a través del aparato judicial,⁸³ o los grupos sociales).

El tema de los adolescentes en conflicto con la ley penal es complejo e involucra distintos sistemas. Uno de ellos es el sistema judicial y otro es el sistema social. Esos conflictos involucran a una cantidad de diversos actores: víctima y victimario en primer término, seguido por sus grupos familiares, pasando por la comunidad y culminando en la sociedad representada por el Estado. La mayoría de los casos que involucran a jóvenes en infracción con la ley penal traen consigo otro tipo de problemas conexos que coadyuvan y/o son causa-fuente de tal enfrentamiento con el sistema penal juvenil. Pobreza e indigencia como síntesis de un cúmulo de carencias básicas y sinónimo de exclusión social, como así también conflictos familiares, drogadicción, alcoholismo, por ser los más citados, no sólo forman parte de aquel problema sino que en muchas oportunidades, dicho conflicto es el corolario de una cadena ininterrumpida de déficit. Por todo esto, las políticas sociales, básicamente de tipo comunitarias, son necesarias para el desarrollo integral que propone una justicia restaurativa en sentido general, como así también para la efectividad y eficacia de los programas de reparación u otro tipo de acciones concomitantes que debe prever ese sistema.⁸⁴

⁸³ Foucault, en su libro *La angustia de juzgar*, dice: “Me temo que sería peligroso dejar que los jueces continúen juzgado solos, liberándolos de su angustia y evitándoles que se pregunten, ¿en nombre de qué juzgan?, ¿con qué derecho?, ¿a quién y por qué actos?, ¿quiénes son ellos para juzgar? Citado por Pegoraro, Juan, *La violencia, el orden social y el control social penal*, visible en <http://catedras.fsoc.uba.ar/pegoraro>.

⁸⁴ Herrera, Marisa, “Sentando las bases para un cambio necesario. Justicia restaurativa y políticas sociales” (inédito). Trabajo final al curso de justicia restaurativa dictado en el posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Tengo el convencimiento de que la justicia “privatizada” es impensable, no sólo por razones de eficiencia (la República Argentina tiene pruebas múltiples para acreditar qué mal gestionan “los privados” los servicios públicos esenciales), sino porque el Estado no puede desentenderse de su futuro, y la gente en formación, entre los que están los niños y adolescentes que delinquen, integra el futuro de cualquier país.

Por lo demás, la crítica sobrevalúa la influencia estadounidense en el movimiento de la justicia restaurativa, que, como se ha visto, tiene gran desarrollo en Austria y Noruega, países que en general no sufren la influencia estadounidense. Del mismo modo que nuestras sociedades evolucionan hacia un pluralismo jurídico, también deben hacerlo hacia un pluralismo judicial, y más ampliamente hacia una pluralidad de formas de regulación social. Por eso, al lado de los modos jurisdiccionales, deben coexistir diferentes formas de resolución de conflictos.⁸⁵

2. Justicia restaurativa no significa sustituir el sistema estatal por uno de exclusivo control social, o tribunales populares

Justicia restaurativa no significa sustituir el sistema estatal de justicia por uno de control social exclusivo, tan peligrosamente cercano a los totalitarismos. A los riesgos genéricos de la “justicia popular”, en nuestro país se suma una sociedad que si no es *naturalmente* discriminatoria es, al menos, fácilmente manipulable por los que manejan el mensaje estigmatizante del “nada funciona con los jóvenes delincuentes”. Basta pensar en la absurda crítica dirigida al “garantismo procesal” desde algunos medios.

3. Justicia restaurativa no significa transferir facultades de los jueces a otros profesionales burocratizados

Se ha dicho:

Admito la relación interdisciplinaria enriquecedora, pero rechazo la superposición de roles de las distintas ciencias, dado que esto puede conducir peligrosamente a reemplazar tribunales por hospitales y jueces por equipos técnicos (médicos, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales), en cuyo intento subyace solapadamente la voluntad de algunos de desmante-

⁸⁵ Bonafé-Schmitt, Jean Pierre, *La médiation pénale en France et aux Etats-Unis*, París, LGDJ, 1998, p. 13.

lar la estructura administrativa y judicial para transferirla a bases populares de la comunidad. La historia ya ha demostrado el fracaso... como el inexorable retorno a tribunales y jueces de derecho, allí donde la utopía se había ensayado.⁸⁶

Coincido con estas palabras sólo si el autor ha querido decir que la mala solución que hoy tenemos no se mejora si, en lugar de los jueces, el poder se concentra en otros profesionales igualmente burocratizados que, para colmo, no tienen formación suficiente para saber garantizar derechos básicos como la libertad, la intimidad y la defensa en juicio.

Estoy convencida de que la justicia restaurativa no aportará ningún beneficio si los *facilitadores* se convierten en “los nuevos burócratas”. El Poder Judicial tiene pruebas más que suficientes para acreditar que cuando los profesionales de áreas no jurídicas (médicos, psicólogos, asistentes sociales, etcétera) trabajan dentro de su ámbito tienen mejores salarios pero peor rendimiento que cuando lo hacen en hospitales, centros de salud, centros educativos, etcétera.

4. Justicia restaurativa no significa trasladar facultades judiciales a organismos del Poder Ejecutivo

La realidad argentina muestra que los defectos del Poder Judicial se repiten, en algunos casos multiplicados varias veces, en los organismos que dependen del Poder Ejecutivo. Muchos esfuerzos judiciales se pierden a la hora de ejecutar las decisiones; el Poder Ejecutivo no organiza, u organiza mal, los instrumentos necesarios para que la sentencia tenga sentido positivo; no hay buenos centros de recuperación, las detenciones se cumplen en lugares donde el adolescente no aprende nada que le permita recuperarse socialmente, etcétera.

5. Justicia restaurativa no significa hacer de un procedimiento penal un procedimiento de naturaleza civil

Alguien dijo que “el paso de la ley penal hacia la ley civil hace más *civilizados* a la justicia y al país”.⁸⁷ La frase, retóricamente asombrosa,

⁸⁶ Cardoso, José C., “Los menores en conflicto con la ley penal”, *La Ley*, 2001-E, pp. 1079 y 1081.

⁸⁷ Louk Hulsman, citado por Wright, Martin, “Restorative Justice: for Whose Benefit?”, *Victim-Offender Mediation in Europe...*, *cit.*, nota 12, p. 37.

no debe confundir; más allá de la unidad del ordenamiento, la responsabilidad de tipo penal no puede asimilarse a la civil. Piénsese, simplemente, en la presunción de inocencia, tan necesaria a cualquier sistema liberal de justicia penal; el ámbito civil, en cambio, fundado en la protección de las víctimas y en general de la parte débil (consumidores, etcétera), está más abierto a las inversiones de la carga probatoria.

La justicia restaurativa no es la panacea para las víctimas,⁸⁸ desde que sin desconocer el rol de la víctima, el proceso penal no debe olvidar al ofensor. “Hay que tener cuidado de no reemplazar la euforia de los años 60 centralizada en la resocialización del autor, por una nueva, enfocada en la protección de la víctima y en la compensación autor-víctima”.⁸⁹ Justicia restaurativa no significa, pues, sustituir el rol protagónico del ofensor por el de la víctima dentro del proceso tradicional, sino abrir vías —extra proceso— cuando se advierte que el conflicto no se resolverá de la mejor manera a través de un tercero imparcial que dice “la última palabra”, sino mediante la participación de todos los involucrados. Esto no quiere decir que el acercamiento imputado-víctima no sea posible dentro del proceso formal y tradicional de justicia. Por el contrario, los jueces penales juveniles, en diversos tipos de procesos, también deberían poner frente a frente al ofensor, a la víctima y a las personas de la comunidad, pero lo cierto es que ni los jueces ni las estructuras actuales están preparados para este tipo de participación.

En síntesis, la justicia restaurativa pretende ser una tercera vía (*third way*) que acumule los beneficios: la primera fue la visión retributiva, que centraliza la cuestión en el ofensor y la pena; la segunda, la tendencia rehabilitativa, que sigue concentrada en el ofensor, pero especialmente en su tratamiento, supervisión, control, etcétera; la tercera pone la atención en el daño que tanto la víctima como la sociedad han sufrido y el modo como puede ser reparado, pero sin olvidar los postulados positivos de las dos primeras.⁹⁰ En otras palabras, esta tercera vía no supone el abandono de todos los recursos que proveen los modelos anteriores. “Se

⁸⁸ Por eso, los movimientos de justicia restaurativa no sustituyen los movimientos en favor de las víctimas (Miers D. *et al.*, *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, *cit.*, nota 8, p. 10).

⁸⁹ Sanz Hermida, Ágata A., *op. cit.*, nota 38, p. 219, nota 649.

⁹⁰ Vanfrachem, Inge, “Implementing Family Group Conferences in a Legalistic System. The Example of Belgium”, Fifth Conference of the International Network of Research on Juveniles, Leuven, Bélgica, septiembre de 2001 (draft version).

sabe que el proceso penal es un instrumento susceptible de usos degradados y degradantes. La experiencia al respecto es clara; tan clara como las formas violentas y destructivas del sistema de educación y de tutela”.⁹¹ Son los usos degradados los que deben ser abandonados, pero no existe ninguna incompatibilidad entre proceso penal garantista, sistema rehabilitativo y restaurativo si no son usados conforme a los principios de la disciplina constitucional. Hemos experimentado la rehabilitación y la retribución; “es posible que los métodos restauradores tengan menos efectos colaterales negativos, y la única forma de saberlo es probando”.⁹² Esa prueba no debe olvidar el máximo paradigma del derecho penal juvenil, cual es el de la protección integral, consagrado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, instrumento en el que también se fundan los programas de justicia restaurativa.

6. Justicia restaurativa no significa convertir el proceso penal en un proceso sin garantías

Las garantías constitucionales tan caras al proceso (defensa en juicio, presunción de inocencia, etcétera) son el presupuesto necesario de cualquier vía alternativa. Nada es pensable sin estos principios fundamentales porque nada es imaginable fuera del sistema internacional de los derechos humanos, especialmente si se trata de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

7. El sistema normativo no pone valedades insuperables para instrumentar los programas de justicia restaurativa en el proceso penal juvenil

En mi opinión, el sistema normativo latinoamericano no presenta valedades insuperables a las vías alternativas restauradoras. No son barreras ni el principio de legalidad ni la prohibición de constituirse en actor civil contenida en la mayoría de las leyes específicas. Por encima del

⁹¹ Andrés Ibáñez, Perfecto, “El proceso penal con menores”, en Martín López, María T. (coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 15.

⁹² Highton, E. *et al.*, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, *cit.*, nota 4, p. 91.

principio de legalidad están las convenciones internacionales mencionadas que dan sustento a la introducción del principio de oportunidad.⁹³ La prohibición de constituirse en actor civil tampoco es un freno, porque la participación de la víctima en el proceso penal juvenil no se produce para recibir una indemnización idéntica a la que se obtiene en el proceso penal, sino para ser restaurada con un alcance distinto, no sobre la ruta principal, sino en un camino que sale de ella para encontrar un lugar donde sanan mejor las heridas causadas por el delito.

8. *Un cambio de mentalidad*

La inexistencia de barreras normativas no significa posibilidad fáctica inmediata. Es cierto que la justicia restaurativa no es una solución para todos los problemas, sino el componente de una receta que sirve para satisfacer los intereses de la víctima, del autor, y de toda la comunidad. Pero, al mismo tiempo, la justicia restaurativa no propone simplemente un nuevo programa o una nueva técnica; sus fines son más ambiciosos: pretende un cambio en nuestra manera de ver y de responder a los actos criminales.

En una sociedad compleja la atomización del conflicto es una elección que aleja la posibilidad de respuesta efectiva a las situaciones de necesidad. Proceder ciegamente a lo largo del camino con simples racionalizaciones o modernizaciones de las técnicas de resolución de conflicto sin un cam-

⁹³ No ingreso en el debate respecto a si se trata de una cuestión sustancial o procesal y, consecuentemente, si su reglamentación depende, en la República Argentina, de la nación o de las provincias. El artículo 26 del nuevo Código Procesal Penal de Mendoza dice: “El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al tribunal que se suspenda total o parcialmente la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones, o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando: 1. Se tratare de un hecho insignificante de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en ejercicio del cargo o con ocasión de él. 2. Se haya producido la solución del conflicto; 3. En los casos de suspensión del juicio a prueba...”. Para una defensa del sistema, véase Aguinaga, Juan, “El principio de oportunidad constitucional”, Mendoza, inédito; Altamirano, Paula *et al.*, “¿Es el principio de oportunidad una solución posible?”, ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2003 (el trabajo contiene un resumen de la opinión sobre la cuestión de varios autores argentinos).

bio efectivo de la mentalidad en la cultura que insufla el sistema de justicia será un paso atrás.⁹⁴

Este cambio exige reconocer que: *a)* los ofensores son parte de nosotros y no enemigos de fuera. Más aún, el aislamiento es una estrategia altamente imprudente porque conducimos al infractor a la subcultura de los criminales. Por el contrario, hay que acercarlo a nosotros; sólo así estará dispuesto a reparar el perjuicio causado; *b)* el sistema social y judicial que tenemos no es la respuesta inevitable y única ante el crimen. Hay otras opciones lícitas y razonables que tienden a la reparación del daño causado; *c)* el sistema judicial actual no está preparado para cumplir con el propósito de restaurar o reparar; *d)* para producir el cambio, hay que estar seguros de que no estamos tirando el niño junto con el agua de la bañera en la que se está bañando (*to be sure that they do no throw the baby out with the bathwater*). Los cambios, si no son sistémicos, pueden empeorar la situación.

No se trata de dejarse llevar por las modas. Hay que meditarlas. Jacques Faget concluye su libro de mediación penal con un juego de palabras muy aleccionador. Titula a su último capítulo *Medi(t)ation*. Muestra que mediación y meditación varían sólo por la “*t*” en el medio, invita a meditar sobre la mediación, y hace un llamado de atención para seleccionar el uso de las vías alternativas.⁹⁵ Con sentido análogo se ha dicho que “no hay que subirse al carro (*jump onto the bandwagon*) sin clarificar las premisas en las que se basa. Hay que pensar cuidadosamente las implicaciones que puede tener introducir una manera diferente de trabajar”.⁹⁶

La reflexión no debe ser aislada. Por el contrario, el debate debe darse dentro del Poder Judicial, en los otros poderes del Estado, en la Universi-

⁹⁴ Bouchard, Marco, “Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto”, *Dei delitti e delle pene*, 2/92, p. 199. No tengo una visión pesimista de la sociedad, de los cambios sociales, de las libertades que el hombre exige. Para una visión, en mi opinión excesivamente pesimista, aunque realista, en la demarcación de las continuas contradicciones que los adultos tenemos hacia los jóvenes, véase Corsale, Massimo, “Giudici e minori in una società senza padre”, *Giustizia e conflitto sociale, in ricordo di Vincenzo Tomeo*, Milán, Giuffrè, 1992, p. 319.

⁹⁵ Faget, Jacques, *La médiation. Essai de politique pénale*, París, Èrès, 1992, pp. 203 y 204.

⁹⁶ Jackson, Shirley, “Family Group Conferences and Youth Justice: the New Panacea?”, en Goldson, Barry, *Youth Justice: Contemporary Policy and Practice*, Aldershot, Ashgate, 1999, p. 141.

dad y, más extensamente, en la opinión pública. Para que esto sea posible, se necesita una amplia colaboración de los medios de comunicación masiva.

9. *Justicia restaurativa no significa solución a todos los problemas sociales*

Desde esa meditación, algo está claro: la justicia restaurativa no es la panacea universal.⁹⁷ Bien se ha dicho que “una de las causas y al mismo tiempo efecto de los fracasos y frustraciones en el tratamiento de la delincuencia juvenil ha sido el fenómeno de la panacea, o sea, la continua búsqueda de encontrar un remedio que lo cure todo”.⁹⁸ En el mismo sentido, se señala que

...pensar que un modo extrajudicial de regulación de la litis sea una respuesta al mal funcionamiento de la justicia es una pura ilusión. Efectivamente, por un lado, no es posible renunciar a la función jurisdiccional; por el otro, la crisis del Poder Judicial no depende de la simple ineficiencia organizativa; es expresión de una crisis estructural de un sistema que comprende la familia, el barrio, la escuela, el trabajo, la iglesia, etcétera.⁹⁹

No obstante, la crisis global no es excusa para no mejorar el ámbito donde se está trabajando, intentando otras vías alternativas que impliquen pasos adelante, aun cuando merced a la sabiduría popular sepamos que “no hay rosas sin espinas”.¹⁰⁰

A. *Cualquiera sea el sistema, hay que trabajar coordinadamente*

La justicia restaurativa, igual que la justicia tradicional, no permite, o al menos no debiera permitir, improvisaciones irresponsables. Toda in-

⁹⁷ Garena, Giovanni, “Una riflessione sul modello riparativo finalizzata allo sviluppo della comunità”, *Minori Giustizia*, 2/1999, p. 53; Zermatten, Jean, “Experiencias modernas en justicia juvenil”, *I Seminario Internacional en Minoridad y Familia*, cit., nota 36, p. 63.

⁹⁸ Dean-Myrda, Mark y Cullen, Francis, *op. cit.*, nota 24, p. 9.

⁹⁹ Bouchard, Marco, *op. cit.*, nota 94, p. 193. El autor apoya decididamente los medios alternativos; la frase está pronunciada en el contexto del realismo con el que los métodos deben ser propuestos.

¹⁰⁰ Queralt, Joan, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto alternativo de reparación”, *op. cit.*, nota 60, p. 150.

intervención debe ser planeada y los sujetos intervinientes debidamente entrenados. En cualquier sistema, la falta de coordinación dentro de los poderes del Estado, de éstos entre sí, y de éstos con la comunidad, impide soluciones razonables y eficientes. El niño, el adolescente, es *una* persona; el sistema no puede dividirlo y destrozarlo a través de numerosos “servicios” (judiciales, sociales, privados, etcétera).¹⁰¹

Los grupos de trabajo deben estar coordinados en la tarea cotidiana y no sólo en los grandes objetivos. Cualquiera sea el modelo que se instrumente, debe haber colaboración entre tribunales, servicios sociales, entes locales (municipales, regionales), comunidades de acogida, organizaciones no gubernamentales, etcétera.¹⁰² También debería haber mucha comunicación entre los distintos programas de justicia restaurativa, para transmitirse experiencia.

B. *Desjudicialización... ma non troppo*

De todo cuanto vengo exponiendo, imagino un sistema que se inserta en el esquema judicial del siguiente modo:

- 1) Debe crearse en la policía una división encargada de los asuntos juveniles, a la manera inglesa. Esta división debe estar formada, esencialmente, con nuevos ingresantes a la fuerza de seguridad, formados especialmente para este tipo de tareas.

Por el momento, y dada la escasa formación y la triste historia de la institución policial, esa división sólo tendría por función recibir las denuncias y actuar respetando todas las garantías constitucionales; su tarea concluye enviando el expediente al Ministerio Público.

¹⁰¹ La falta de coordinación es un mal generalizado en muchos países. Para esta cuestión véase Mestitz, Anna y Ghetti, Simona, “Juvenile Magistrates and Victim-Offender Mediation Centres: the Communication System”, 2nd. Conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice “Restorative Justice and its Relation to the Criminal Justice System” (10-12 de octubre de 2002, Oostende, Bélgica); también Mestitz, Anna, “La giustizia minorile tra burocrazia e comunicazione. Comunicazione intra-sistemiche”, *Minori Giustizia*, 2000-2, p. 195. La autora hace referencia a la carencia de comunicación de jueces con abogados, policía, servicios sociales, etcétera.

¹⁰² Busnelli Fiorentino, Elda, “L’integrazione fra servizi nella attuazione del nuovo processo penale minorile”, *Minori e Giustizia*, Padua, Fondazione E. Zancan, 1990, p. 21.

- 2) Recepcionada la causa por ésta o por otra vía, con o sin división especial policial, el Ministerio Público tiene facultades discrecionales suficientes para resolver: *a)* archivar el caso, si cualquier medida es superabundante; *b)* en casos excepcionales (por la gravedad del delito, o porque el joven no reconoce su participación en el hecho) continuar con la causa adelante por el camino tradicional, y *c)* enviar la causa a alguna vía alternativa de resolución del conflicto.

También el juez debe estar facultado para enviar el proceso a esta vía alternativa, aun cuando el expediente ya haya concluido la etapa instructoria.

- 3) El proceso alternativo debe ser llevado adelante por facilitadores altamente especializados, integrados en cuerpos suficientemente coordinados. Esos grupos pueden o no integrar el Poder Judicial; si forman parte del Poder Judicial¹⁰³ deben tener la independencia necesaria para resguardar la confidencialidad del proceso; si no forman parte de éste, debe tratarse de organismos que, por sus antecedentes específicos, hayan sido autorizados por el Poder Judicial para ejercer este tipo de funciones.
- 4) La vía alternativa debe tender a la restauración del ofensor consigo mismo, de la víctima y de la sociedad.
- 5) El juez de la causa homologa o no el acuerdo celebrado; la homologación significa el archivo de la causa; la no homologación la continuación de la causa adelante; sin embargo, el cumplimiento del acuerdo puede ser un elemento a tener en consideración para disminuir las responsabilidades tradicionales.

C. La elección de los programas

La elección de la técnica a utilizar debe hacerse en función de las circunstancias del caso particular, el tiempo disponible, las preferencias de las partes, los recursos comunitarios o estatales. No es un tema de con-

¹⁰³ Cuando me refiero a formar parte del Poder Judicial, pienso en un cuerpo que ha sido seleccionado y responde a las pautas generales marcadas por la autoridad de la superintendencia del Poder Judicial; no obstante, no deben ser personas incorporadas a “la planta permanente” del Poder Judicial, o sea, personas que luego se rijan por el estatuto del empleado público, etcétera, porque esa posición salarial, lamentablemente, es un factor decisivo para que sean “fagocitados” por el espíritu burocrático.

vergencia o divergencia. Hay más de una opción; la justicia restaurativa es una justicia que puede presentar tantas variantes como lo son los fenómenos delictivos. No hay que asustarse ante esa diversidad, y específicamente ante una personalidad en evolución; es la flexibilidad y no la rigidez la que puede llevar a una mejor solución.¹⁰⁴

No ignoro que algunos programas están muy alejados de nuestras tradiciones, por lo que resultan difíciles de instrumentar; aun así, no son descartables de plano. Piénsese, por ejemplo, en actos vandálicos en una escuela de un pequeño pueblo; ¿por qué pensar que una reunión, similar incluso al *sentencing circle*, en la que participen las personas más respetadas de la comunidad, como puede ser el médico del pueblo, el presidente de la asociación deportiva, etcétera, todos conducidos por un facilitador experimentado, no pueda llegar, en diálogo fecundo con los familiares, a una solución más restauradora que la del sistema formal de justicia?

D. La elección de la gente

Las buenas intenciones no bastan para legitimar soluciones concretas.¹⁰⁵ El éxito de cualquier programa requiere personal cualificado, competente, bien entrenado, con el tipo adecuado de características personales.¹⁰⁶ Como dice el profesor canadiense John Edwards,¹⁰⁷ hay que crear estructuras que tiendan a clarificar los roles y responsabilidades; esto ayuda, pero el éxito o fracaso de todo acuerdo institucional, en la mayoría de los casos, depende de la integridad personal de quien ocupa la posición. Si esa persona no tiene apropiados ideales de justicia, no está preparada para el ejercicio de estas responsabilidades en el interés públi-

¹⁰⁴ Archibald, Bruce, *op. cit.*, nota 5. Véase, del mismo autor, "Comparative Reflections on Criminal Prosecutions, the Rule of Law and Reflexive Law", presentado en la Quinta Conferencia Internacional, "The International Network for Research on Restorative Justice for Juveniles", Leuven, Bélgica, 2001.

¹⁰⁵ Pulitanò, Domenico, "Quale riforma per la giustizia penale minorile?", *Questione Giustizia*, 2002/4, p. 734.

¹⁰⁶ Ross, Robert, "Razonamiento y rehabilitación. Un programa cognitivo para el tratamiento y la prevención de la delincuencia", en Garrido Genovés *et al.*, *La reeducación del delincuente juvenil. Los programas de éxito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 49.

¹⁰⁷ Citado por Archibald, Bruce, "The Politics of Prosecutorial Discretion: Institutional Structures and the Tensions Between Punitive and Restorative Paradigms of Justice", XVII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política, Seúl, Corea del Sur, 1997.

co; en este caso hasta la mejor estructura institucional puede fracasar. Sin embargo, es mejor poner a la mejor gente en la mejor estructura posible.

E. El monitoreo permanente

Los programas de justicia restaurativa son flexibles y están en experimentación; es verdad que un sistema flexible genera inseguridad, pero uno de reglas rigurosas lo hace inflexible y no adaptable a las circunstancias siempre cambiantes de los jóvenes. Consecuentemente, y para evitar estos inconvenientes, el Estado debe incentivar un sistema de evaluación permanente, regular y riguroso que mida seriamente los resultados y modifique sobre la marcha todo lo que sea necesario.¹⁰⁸ Cualquier programa que se lleve adelante (y esto también debería hacerlo la justicia “formal”) debería permitir que, al culminar el proceso, la parte se exprese a través de un formulario en el que se den posibles respuestas alternativas. Por ejemplo, preguntar a la víctima: piensa que este proceso fue lento, demasiado lento, razonablemente rápido; obtuvo una respuesta satisfactoria, poco satisfactoria, etcétera.

F. Un elemento esencial

En países sumidos en la desocupación, es absurdo creer en programas restaurativos sin una red social que ayude al joven infractor. Hay que ser realistas: no tiene sentido ni imponer ni dar al joven la opción libre de prestar servicios si en el ámbito donde vive no hay ninguna posibilidad concreta de un trabajo mínimamente gratificante.¹⁰⁹ Sea a través de la mediación, de la reunión del grupo familiar, de reunión de grupo extendido, etcétera, la solución al conflicto requiere que este joven infractor tenga posibilidad de realizar una mínima restauración económica a la víctima. Para ello es necesario que tenga un lugar donde prestar el servicio prometido, un espacio donde desarrollar la actividad que le dará fondos, etcétera. Ni el sistema judicial ni el de los servicios sociales se ha

¹⁰⁸ Miers D. *et al.*, *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, cit., nota 8, p. 15.

¹⁰⁹ Moro, Alfredo, “Fasi del processo penale minorile e interventi dei servizi”, en Busnelli, Fiorentino (ed.), *Minori e Giustizia*, Padua, Fundazioni E. Zancan, 1990, p. 49.

preparado para esta red, y ésta es la primera que hay que tender. Clubes deportivos, pequeñas empresas, municipios, asociaciones sin fines de lucro, entre otros, todos pueden ser espacios útiles para que este joven se inserte. Para eso, la oficina de medidas alternativas tiene que saber a qué teléfono llamar. En Mendoza, la experiencia piloto ha comenzado haciendo un registro o listado de asociaciones, actividades que desarrollan, recursos con los que cuentan, etcétera, para de este modo poder dirigir la solución negociada sobre bases factibles.

XI. UNA ESPERANZA FINAL

Alguien dijo que “no se sabe cómo va a evolucionar el sistema de justicia juvenil”;¹¹⁰ yo tampoco lo sé; sólo puedo decir, igual que Martín L. King, “yo tengo un sueño”. El mío es una justicia penal juvenil que reconcilie al infractor consigo mismo, con la víctima y con la comunidad, de modo tal que a través de un proceso educativo, rodeado de todas las garantías constitucionales, logre reinsertarse en la sociedad como un sujeto que se valora a sí mismo y es valorado por los demás. Creo, sinceramente, que los programas de justicia restaurativa pueden ser un buen instrumento para la realización de este fin.

¹¹⁰ Martín López, María T., “Modelos de justicia juvenil: análisis de derecho comparado”, en Martín López, María T. (coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, cit., nota 91, p. 97.