



**LEY N° 20.084, DE LA RETRIBUCIÓN A UNA JUSTICIA
RESTAURATIVA ESPECIALIZADA A LA LUZ DE SUS
PRINCIPIOS INSPIRADORES Y LOS TRATADOS
INTERNACIONALES**

Juan Pablo Aguilar Brecas.

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

2018

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS

RESUMEN

INTRODUCCION

CAPITULO I LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE

I. UNA MIRADA HACIA EL CONCEPTO.

A) EL DERECHO PENAL JUVENIL: CONTEXTO	10
B) EL DERECHO PENAL JUVENIL EN LA HISTORIA	12
1. Derecho Romano	12
2. Derecho Germánico	14
3. Derecho Canónico	14
4. El discernimiento del menor. Escuela clásica	15
C) DERECHO PENAL ADOLESCENTE EN CHILE	17
D) PRINCIPIOS O DIRECTRICES DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL	22
1. Principio de prevención por sobre la sanción.	22
2. Principio de desformalización o desjudicialización de la justicia penal juvenil.	23
3. Principio de flexibilidad en la adopción y ejecución de las consecuencias jurídicas.	23
4. Principio de preferencia de las sanciones no privativas de libertad.	24

5. Principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones.	24
E) SANCIONES PREVISTAS EN LA LEY N° 20.084	24
II. EL DERECHO A UN JUZGAMIENTO ESPECIALIZADO DE JOVENES.	27
A) EJES BÁSICOS DEL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO PENAL ADOLESCENTE.	30
B) EL JUZGAMIENTO ESPECIALIZADO COMO UN DERECHO HUMANO RECONOCIDO.	31
III. LA REINserción PENAL DE JOVENES INFRACTORES	34
CAPITULO II	
EL CAMBIO DE PARADIGMA	
I. LA JUSTICIA RESTAURATIVA.	
A) CONCEPTO	39
B) CONTEXTUALIZACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	42
C) EL ABOLICIONISMO Y SUS APORTES A	

LA JUSTICIA RESTAURATIVA.	43
D) EPISTEMOLOGÍA RESTAURATIVA: PRINCIPIOS Y VALORES FUNDAMENTALES QUE ORIENTAN LA JUSTICIA RESTAURATIVA.	45
II. SISTEMAS RESTAURATIVOS Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.	52
A) SISTEMA DE <i>CONFERENCIAS RESTAURATIVA</i> .	53
a. Aproximaciones de la ONU a la Justicia Restaurativa	55
b. La declaración de Viena sobre la delincuencia y la Justicia: Frente a los retos del siglo XXI	56
c. La resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social (ECOSOC).	56
d. Resolución 2002/12 ECOSOC	57
e. Utilización, funcionamiento y desarrollo de los programas de justicia restaurativa en la resolución 2002/12	58
f. Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y demás instrumentos internacionales referidos a la justicia juvenil.	60
g. Declaración de Costa Rica sobre la Justicia	

Restaurativa en América Latina	60
h. La recomendación N° R(99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.	64
i. Directiva 2012/29/ UE del parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre del 2012.	65
j. La Justicia Restaurativa y la experiencia española en la ley de Responsabilidad Penal de los Menores.	65
 B) SISTEMA DE <i>MEDIACIÓN PENAL JUVENIL</i> <i>O MEDIACIÓN VÍCTIMA-OFENSOR</i>	 67
 III. DESAFIOS CLAVES DE LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE EN CHILE PARA UN CAMBIO DE PARADIGMA HACIA LA JUSTICIA RESTAURATIVA.	 69
 CONCLUSIONES	 76
BIBLIOGRAFIA	79

AGRADECIMIENTOS

*A mi familia e hijos, y a mis
padres, quienes me enseñan el
valor de amar y no condenar.*

RESUMEN

En las siguientes páginas daremos a conocer una realidad presente en nuestra sociedad. Una realidad no menor que se manifiesta de diversas maneras. Nos adentraremos en la arista penal del tema, para así exponer la interrogante ¿el ordenamiento penal nacional responde de forma idónea al fin último del derecho penal? el cual consiste no solo en aplicar una pena, sino que con ella resocializar al individuo en la sociedad en que vive. Una mirada hacia el encuentro con la familia, sociedad y víctima. Enfoque penalista desde un estado social democrático.

Este examen lo haremos también desde la ley penal adolescente, veremos los principios que inspiraron esta ley y su tratamiento penal y procesal en Chile y sus puntos críticos. Vemos que es un tema que presenta reparos entre esa realidad del deber ser que nos plantearemos y nuestro sistema punitivo actual, desde los principios en que se fundan ambos. Para finalmente comprender que es la justicia restaurativa y que función podría cumplir en virtud de la ley penal adolescente, definitivamente queremos ser contumaces en plantear un cambio de paradigma en la forma de ver las cosas, por sobre manera un cambio de la justicia retributiva a la justicia restaurativa.

Dicho lo anterior, el análisis propuesto se enfocará en lo doctrinal. Abordaremos sus características, efectos, y algunos casos de realidad internacional y nacional, abordaremos, además, algunas experiencias de justicia restaurativa a la luz internacional.

INTRODUCCIÓN

A más de doce años, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084, de fecha 07 de Diciembre del año 2005, del Ministerio de Justicia, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la Ley penal en Chile, que se basa en principios internacionales sobre la Convención del Niño, y donde su objeto es la reinserción y reparación del adolescente lo que se traduce en la aplicación de sanciones diferentes a la de los adultos , preferentemente no privativas de libertad, menos gravosas y orientadas a un fin socioeducativo del infractor , teniendo además por principio fundamental el Interés superior del niño donde ya no se le mira como objeto de derechos sino como sujeto de derechos, trataremos de abordar en las siguientes líneas la problemática entorno a que la institucionalidad no se ha encaminado hacia esos principios fundamentales sino más bien hacia una aplicación retributiva de la norma, quizás dando cuenta de ciertos resabios inquisitivos desde la óptica penal, partiendo primero que todo por acercarse a dar un concepto de la justicia penal adolescente, utilizando para ello una de las fuentes más importantes del derecho como es la historia fidedigna de la ley, describiendo someramente en épocas distintas sobre la mirada que tuvieron los Romanos, los Germánicos, entre otros.

Daremos lugar a una propuesta basada en una justicia restaurativa especializada, respetando y siendo consecuentes con los principios inspiradores de la ley 20.084, basados en la Convención del Niño y tratados internacionales ratificados por nuestro país.

La resolución colaborativa de conflictos y la Justicia Restaurativa, son mecanismo de creciente desarrollo principalmente en ordenamientos jurídicos comparados. Es así, como la vía no adversarial para la resolución de disputas, ha tomado cada vez mayor relevancia en diversos países en nuestra región como es el caso de Colombia, Brasil entre otros que han evidenciado que el sistema de retribución penal ha dejado entrever sus peores aspectos, es así que la crítica mayor parte desde los abolicionismos del derecho penal que tiene una visión negativa a la visión de que la sanción en los derechos clásicos no ha cumplido con el fin resocializador del derecho penal en un estado social democrático.

CAPÍTULO I

LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE

I. UNA MIRADA HACIA EL CONCEPTO.

A) EL DERECHO PENAL JUVENIL. CONTEXTO.

Entender que un individuo pasa por diversas etapas de desarrollo desde su niñez a su adultez no ha quedado ajeno al derecho penal y ha sido reconocido por el mismo, “el problema de la relación entre la edad ya la responsabilidad frente a un orden penal no ha sido un problema desconocido para mayor parte de las sociedades”¹, desde los Romanos se entendía que el menor no tenía capacidad penal y a partir de determinada franja siempre cuando obrar con discernimiento, tendría una pena menor o atenuada debido a su incompleta formación, esto sin duda que ha sido objeto de cambios en el tiempo, a decir de la profesor DIAZ DE RADA “ *La edad* de responsabilidad penal es una convención sociocultural” que como vemos esta convención ha variado en el tiempo y las culturas.

Solo con el transcurso del tiempo se observa la necesidad de establecer centros, medidas y un conocimiento específico de los menores infractores, en efecto el concepto de infancia que hoy día entendemos como categoría autónoma diferente del adulto o más como este sujeto de derechos, no existía

¹ DIAZ DE RADA, Ángel: “Las edades del delito”, en RAS, núm.12, Madrid, 2003, P.271. No obstante el autor opina que naturalmente el concepto de edad, no tiene por qué estar codificado objetivamente en una “ cuenta por años”

en apocas anteriores al siglo XVII; lo anterior se desprende de la investigación realizada por ARIES². El autor estudio la infancia como “construcción social”³, es decir como producto de un proceso de cambio socio histórico en el cual han variado usos, concepciones y percepciones asociadas a los menores. La posición anterior se aparta de la mirada que ve a la infancia como un fenómeno natural derivado del desarrollo físico⁴.

Desde finales del siglo XVII se gesta un proceso que se materializara a mediados del siglo XVIII, donde el niño aparece en un nuevo esquema en el retrato de la familia, se le observa bajo un manto de dependencia. Esta nueva cosmovisión no es para nada alentadora, ya que parte de la perdida absoluta de autonomía y de una cultura jurídica-social que vincula la protección hacia el menor como una concepción previa de su incapacidad.

El surgimiento de los sistemas educativos es lo que hará dar un giro a la concepción del párrafo anterior hacia la segunda mitad del siglo XVIII, con el surgimiento de las ideas Ilustradas, donde se comienza a reconocer la infancia como concepto autónomo diferente del adulto, esto quiere decir que ⁵*debía ser tratado con reglas específicas, y no como un simple adulto pequeño, al que se le disminuía la pena por razón de su tamaño.*

² ARIES, Philippe: El niño y la vida familiar en el antiguo régimen, Taurus, Madrid, 1988, p.57, “Hasta aproximadamente en siglo XVII, el arte medieval no conocía la infancia o no trataba de representársela; nos cuesta creer que esta ausencia se debiera a la torpeza o a la incapacidad. Cabe pensar más bien que en esa sociedad no había espacio para la infancia”

³ RODRIGUEZ PASCUAL, Iván: “Sociología de la infancia? Aproximaciones a un campo de estudio difuso”, en RIS, Tercera Epoca, Nº 26, Mayo-agosto, 2000, P.103.

⁴ RODRIGUEZ PASCUAL, Iván: “Sociología de la infancia? ...”, op. Cit., pp.99,101.

⁵ DIAZ CORTES Lina, Introducción al Derecho Penal Juvenil. 2010. Edit. Librotecnia. Santiago. 1º Edición. P. 41.

B) EL DERECHO PENAL JUVENIL EN LA HISTORIA.

1. Derecho Romano:

En el derecho Romano podemos encontrar la clasificación de los menores (infantes, impúberes, menores) y la creación del criterio del discernimiento, que legislaciones de todo el mundo aplicaron durante mucho tiempo, inclusive algunas hasta el día de hoy.

En consecuencia de lo anterior en esta época queda en claro la diferencia en el tratamiento del menor y del adulto⁶

De acuerdo la profesora Lina Cortes *“Para los romanos, el hombre en cuanto se halla sometido a una ley moral y pertenece a un Estado, se encuentra sujeto a la ley penal, sea cual fuere su posición y condición jurídica. No obstante, en Roma existían categorías de individuos que carecían de capacidad para delinquir, o se les privaba de la capacidad para ser penados...en este grupo de personas el Derecho Romano ubicaba a los que no habrían llegado a la plenitud de edad”*.

Lo anterior tiene su fuente en que por ley natural el hombre no adquiere la capacidad de obrar, sino que lo hace de forma gradual. Ya en las XII tablas se establecen límites fijos y positivos de edad.

Es así como se distingue entre el púber y el impúber: al primero no se le imponía pena, sino la *castigatio* o la *verberatio*, con el fin de amonestación. Concretamente, en cuanto a los segundo, en la tabla VIII numeral 14 se señalaba que en el caso de que los ladrones fueran niños impúberes se

⁶ PEREZ VITORIA, Octavio: La Minoría Penal, Bosch, Barcelona, 1940,p.13.

establecía que se les azotase según el criterio del Pretor y se les ordenaba reparar el daño causado.

Siguiendo esta tradición, posterior a las XII tablas, el derecho Romano Justineano Romano⁷ distinguió varios límites de edad:

- a) Los Infantes: Estos eran menores de siete años de edad, se considera que los menores de aquella edad no pueden hablar razonablemente o darse a entender, como consecuencia que no pueden intervenir en modo alguno en actos de derecho ni de responsabilidad delictual.⁸ En consecuencia como a esa edad no existía consciencia del Derecho ni voluntad criminosa, se entendía que no podían cometer delitos, ni ser sometidos algún tipo de castigo. En la infancia es presumible que el menor es incapaz de dolo, siendo esta presunción irrefutable. El infante era equiparado al mudo y se consideraban exentos de responsabilidad criminal.
- b) Los impúberes, estos se califican desde los diez años y medio hasta los catorce en los varones y desde los nueve años y medio hasta los doce en las mujeres). En este periodo para declarar la irresponsabilidad era necesario probar la ausencia de discernimiento, se trataba de verificar si eran capaces de dolo. Se evaluaba el discernimiento a la época del acto cometido por el menor.
- c) Pubertad: Se denomina Púber a los Varones de catorce años y a las mujeres de doce años (hasta los veinticinco años tanto en hombre como mujer; a partir de esa edad se entiende que se adquirido por completo el

⁷ IGLESIAS, Juan: Derecho romano, Ariel, Barcelona, 2001,p.42

⁸ D'ORS: Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2004, P.378, FUENTESECA, Pablo: Derecho Privado Romano...,op.cit,p.17.

desarrollo moral), desde la perspectiva del derecho penal a los púber se les consideraba como responsables, pero se les penaba con menor rigor que los adultos.

2. Derecho Germánico:

En este derecho, tanto en el nórdico como en el germano, el lineamiento era que el límite establecido para la minoría de edad penal era la de doce años. No obstante, la edad en principio no tenía transcendencia como causa de disminución de la responsabilidad, tomando en cuenta el carácter de resarcimiento de la pena y la transmisión de dicha obligación a la familia. En efecto eran los padres o quien tuviese la tutela al pago de una composición hoy llamado indemnización.

Es así, que el Derecho Germánico, con sus matizaciones al igual que el Romano, reconocían una edad en la cual se excluía la responsabilidad penal, entendiendo que el menor de cierta edad no poseía la intención de atentar contra los derechos de la comunidad.

3. Derecho canónico:

El Derecho Canónico, siguiendo la influencia y matices del derecho Romano, estimaba la minoría de edad en ciertos casos como exención, y en otros como atenuación de la responsabilidad. Es así como a los menores de siete años los declaro como exentos de responsabilidad⁹, dejándolos en la misma situación que a los locos o a los que se hallan durmiendo.

⁹ PESSINA, Enrique: Elementos de Derecho..., op.cit., pp. 372-373. Señala el autor, que para el derecho Canónico después de la infancia propiamente dicha, no se debía proceder a establecer reglas demasiado

De este modo, el derecho Canónico, al igual que el derecho Romano, consideraba al menor de edad dentro de ciertos límites, como circunstancia de exención o atenuación de la responsabilidad penal.

4. El discernimiento del menor. Escuela clásica:

Debemos distinguir dos etapas:

1. Un periodo de edad en el cual fuese imposible desde todo punto de vista reconocer la existencia de la responsabilidad criminal.
2. Una franja de edad en la cual es indispensable excusar o atenuar los actos que se cometieran por un menor.¹⁰

Es así como surgen dos modelos. Por un lado, un sistema semejante al de las siete partidas, donde se propone por un lado establecer límites fijos a la edad que determinan una etapa que merece disculpa, y otra franja de edad en el que al menor se le debe atenuar la pena.

En segundo lugar, un sistema de discernimiento de origen Romano, conforme al cual se analiza a cada individuo para determinar la imputabilidad o inimputabilidad del menor infractor.

En el contexto de un sistema penal clásico donde la culpabilidad es el juicio de reproche y la pena como retribución, surge el sistema de discernimiento como lineamiento para determinar la inimputabilidad o imputabilidad del menor.

generales, sino que se debía determinar la responsabilidad según los varios delitos, castigándose con pena menor los cometidos durante la adolescencia.

¹⁰ MACHADO RUIZ, Maria Dolores: *Minoría de edad...*, op.cit., p. 95

El menor infractor en la escuela clásica

El menor en la segunda mitad del siglo XXVII, se le concibe dentro del contexto histórico de la revolución industrial, siendo esta situación además que producirá transformaciones en la estructura de la institución familiar.¹¹ Los hijos de familia salen a la calle e irrumpen en la sociedad. La delincuencia juvenil *“eclosiona como problema, en función de aquellas transformaciones económicas y sociales, en momentos que según el grado de evolución de las distintas realidades nacionales van teniendo lugar a partir de finales del siglo XVIII en el mundo occidental”*¹²

Esta situación de realidad compleja será confrontada por el sistema penal del adulto, que regía en la época, inspirado en la llamada “escuela clásica”.

Los clásicos parten de una teoría del delito en abstracto, sin hacer referencia a una norma o legislación concreta, *“Pretendía el diseño de un esquema del delito, universal e intemporalmente constante, sometido su análisis a principios de una validez lógica no condicionada por la realidad”*¹³

En esta etapa netamente racionalista, se parte de axiomas *“a partir de los cuales se sacaban por vía deductiva consecuencias que se tenían como verdades independientes del arbitrio humano”*¹⁴

Se entiende que la opción de delinquir obedece a la libertad de cada uno de ir en contra del Derecho, en su “libre albedrío”

¹¹ RODRIGUEZ PASCUAL, Iván: sociología de la infancia?... , op. Cit., p. 103

¹² ANDRES IBAÑEZ, Perfecto: “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada” ...op.cit., pp.209,210

¹³ AGUDELO BETANCUR, Nodier: Grandes corrientes del Derecho penal, Escuela Clásica, Editorial Linotipia Bolívar, Bogotá, 1996, p.20.

¹⁴ Ibid.,p.21.

El delito se configuraría por la confluencia de dos fuerzas, una física y otra moral. Aquí hay espacio para el componente de lo objetivo y subjetivo, correspondiendo el análisis de la edad al estudio de la fuerza moral subjetiva del delito.

C) DERECHO PENAL ADOLESCENTE EN CHILE.

Previo a la entrada en vigencia de la ley 20.084 sobre responsabilidad penal de adolescentes (Ley RPA) los menores de 18 años eran observados como inimputables y sujetos a “medidas de protección”¹⁵, si estos menores tuvieran 16 años o más y fueran declarados con discernimiento era distinto el paradigma. En el caso concreto y práctico, las medidas de protección era privación de libertad conceptualizadas bajo un procedimiento escrito y formalista. Este régimen fue criticado por no cumplir con estándares del debido proceso y utilizar de forma arbitraria y excesiva la privación de libertad en contra de niños y adolescentes, además de ser ineficiente en la persecución penal de delitos cometidos por jóvenes. En 1924 en la V asamblea de la sociedad de las naciones adopta la “Declaración de Ginebra”, primer instrumento internacional que viene a hablar de protección de los derechos del niño.

El niño era observado en esa época como un “objeto” de tutela como bien decíamos, que viene a determinar la regulación existente de la época como la ley sobre protección de menores N° 4.447 de octubre de 1928, esta tiene un carácter tutelar, aquí nace la dirección nacional de protección de Menores, casas de menores y reformatorios. Prácticamente en esta época no existe

¹⁵ Consultado en [http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A13.pdf]

legislación especial sobre Menores, en consecuencia, ante conductas delictuales e ilícitas aparecen modelos educativos y de responsabilidad. Si se infringía la ley penal los menores eran considerados incapaces y peligrosos. Debían ser reeducados y si era necesario y posible debían ser internados en los reformatorios.

Hacia el año 1948 las Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos, que viene a reconocer un sinfín de derechos a todo ser humano, incluido los niños. Ya en 1946 las Naciones Unidas crean el Fondo Internacional de Socorro, que actualmente se conoce como Fondo de Las Naciones Unidas para la infancia, UNICEF.

Hacia el año 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de Derechos del Niño, su estructura es en base a diez principios, donde destaca el derecho a gozar de una protección especial y el Interés superior del niño como guía fundamental.

La convención americana de los derechos Humanos viene a establecer las bases en América, también conocida como Pacto de San Jose de Costa Rica, promulgada en Chile el 5 de enero de 1991.¹⁶ Su artículo 1.2 comienza con la declaración de que “persona es todo ser humano”. Por otra parte el artículo 5 precisa que “cuando los menores puedan ser procesados deben ser separados de los adultos y llevados ante Tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. Respecto a los derechos del niño el artículo 19 señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

¹⁶ DCTO N° 873 del Ministerio de RREE.

A juicio de las profesoras Aguirrezabal, Lagos y Vargas¹⁷ lo anterior es la explicación de porqué en Chile se mantiene por tanto tiempo el carácter tutelar de los derechos del menor. En 1967 se dicta la ley de menores (16.618) que refunde legislaciones posteriores a la ley 4.447, aplicable a los menores de 21 años. La mayoría de edad se rebaja a 18 años en junio de 1993 (ley 19.221). En caso de infracciones a la ley penal este menor de 18 años es inimputable en general, no responde. Como se sabe se hacía una distinción entre tramos de edad: el menor de 16 siempre era inimputable, por lo que nunca tenía responsabilidad y el mayor de esa edad y menor de 18 podría tener responsabilidad si se determinaba su discernimiento.

La norma internacional más relevante que constituye la base de todos los cambios en la ley en cuanto a los menores es la convención sobre los derechos del niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y promulgada como derecho interno por decreto supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, la que fue publicada en el diario oficial el 27 de septiembre de 1990, además cabe considerar las reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores, conocidas como reglas de Beijing (1985), las reglas de las Naciones Unidas para Protección de Menores Privados de Libertad (1991) y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil, “Directrices de RIAD” (1991), todas estas normas consagran la llamada “doctrina de la protección Integral del Niño”¹⁸

¹⁷ Aguirrezabal G., Lagos C y Vargas. “Responsabilidad Juvenil: hacia una Justicia Individualizada”. Revista de Derecho. Vol. XXII N°2. Diciembre 2009

¹⁸ El principio básico es que la prevención de la delincuencia juvenil es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Para ello es necesario que toda la sociedad procure el desarrollo armonioso de los adolescentes. Los programas deben centrarse en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia. Ya Cillero Bruñol, Miguel *et al.*, *Niños y Adolescentes: Sus derechos en nuestro Derecho*, SENAME, Santiago, 1995, pp.80-84, señalaban que esta doctrina de la protección integral debía entenderse en términos amplios y no restringidos, referida a la “dignidad humana en general”

Es así como desde la Convención del niño hasta la entrada en vigencia de la ley de Tribunales de Familia se realizó una serie de modificadores a la ley 16.618, como la prohibición de ingreso de menores a establecimientos Penitenciarios de adultos, producto de que Chile adquiere nuevos compromisos con la ratificación de las normas internacionales.

La Convención del niño viene a dar lineamientos de nuevos principios valores normativos, se reconoce que el niño no es menos relevante que el adulto, es un ser humano en la primera etapa de su desarrollo, principios donde se ve al niño como sujeto de derecho, se vela por el interés superior del niño, la protección integral de los derechos del niño, así como la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos.

La Ley N° 20.084 en Chile, dispone de un régimen especial de responsabilidad para adolescentes entre los 14 y 18 años de edad.

Esta nueva ley, en síntesis, en síntesis:

- Establece procedimientos, fiscales y defensores especializados.
- Establece programas de reinserción.
- Termina con el trámite de discernimiento.
- Establece la responsabilidad penal desde los 14 años, distinguiendo dos segmentos: 14 a 16 y de 16 a 18 años.
- Establece un amplio catálogo de sanciones.
- Las penas privativas de libertad sólo se establecen para delitos más graves.

Aquí se establece la responsabilidad del joven, pero con atisbos de que ella debiera enfocarse hacia su resocialización, se observa que faltan reglas para la apreciación especial de las conductas (delitos), es así como se dispone un

amplio listado de sanciones (art.6) y se limita la privación de libertad como respuesta. (arts.26 y 47)

En este mismo sentido coincidimos con el Profesor Couso¹⁹ en que la convención del niño viene a establecer en sus artículos 37 y 40 ciertas garantías especiales a los adolescentes como expresión de su derecho a una respuesta penal especial, distinta de los adultos ante las infracciones penales que cometan. Estos derechos especiales son:

- a) Una respuesta cualitativamente distinta a la de los adultos
- b) Una respuesta cuantitativamente menos aflictiva
- c) A especiales garantías durante la ejecución de las sanciones
- d) A que se fije una edad por debajo de la cual no se impondrá ninguna sanción

Como expresión de los puntos anteriores, la justicia penal adolescente o juvenil debe ser capaz de poder diferenciar aquellos casos en que se debe aplicar una estrategia despenalizadora y aquellos en los que se requeriría algún tipo de intervención penal mayor y acuciosa. Nuestro sistema de responsabilidad de justicia adolescente infractores, acoge en general la doctrina de la protección integral del niño, niña y adolescente y tiene como base el interés superior del niño. Los rasgos más característicos de este nuevo sistema son el mayor acercamiento a la justicia penal de adultos en lo que se refiere a derechos y garantías individuales.

La Ley N° 20.084, expresamente contempla los siguientes derechos del infractor adolescente:

¹⁹ COUSO, Jaime. "La política criminal para adolescentes y la ley 20.084, en: VV.AA., Estudios de derecho penal juvenil I, Santiago: Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009, pp.54 y 55

- Conocer el motivo de su detención y ver la orden de la misma, salvo que sea sorprendido de modo flagrante.
- Ser adecuadamente informado de los hechos que se le imputan, así como de los derechos que le otorga la ley: guardar silencio, no ser obligado a declarar y ser trasladado ante un juez dentro del plazo de 24 horas.
- Contar con un abogado de su confianza. Si no lo tuviese, el Estado deberá proporcionarle uno.
- Mientras se determina su culpabilidad, tiene derecho a ser tratado como inocente.
- Si el inculcado se encuentra privado de libertad, tiene derecho a permanecer separado de los adultos.
- Debe ser tratado con dignidad, no pudiendo ser sometido a castigos corporales, encierro en celda oscura o a cualquier sanción que ponga en riesgo su salud física y mental.
- Una vez sancionado, el joven tiene derecho a pedir el término o cambio de una pena privativa de libertad, por una que pueda cumplir en libertad para favorecer su reinserción social.

D) PRINCIPIOS O DIRECTRICES DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL:

1. Principio de prevención por sobre la sanción.

Este es uno de los principios que viene a sentar las bases del derecho penal juvenil, propio de la doctrina de la protección integral del niño, niña y adolescente, es aquel que da preponderancia a la prevención antes

que la sanción. Se parte de la base de que la delincuencia juvenil se combate principalmente a través de una buena política social más que por una adecuada política penal. Esta prevención se proyecta en el mismo sistema penal, al preferir sanciones no privativas de libertad y considerar criterios de prevención futura (resocialización).

2. Principio de desformalización o desjudicialización de la justicia penal juvenil.

La tendencia en el derecho penal juvenil es a la desformalización, que trata de evitar que se imponga una sanción propiamente dicha, a través de soluciones de justicia restaurativa que ya desarrollaremos en los próximos capítulos, o bien, el archivo del asunto a través de la aplicación de criterios de oportunidad reglados. La idea es evitar la sentencia condenatoria con su carácter estigmatizador y la imposición de una sanción, especialmente que sea privativa de libertad.

En la Convención del Niño, el artículo 40 inciso 3) b) dispone que los Estados promoverán: “siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido que se respetarán los derechos humanos y las garantías legales”

3. Principio de flexibilidad en la adopción y ejecución de las consecuencias jurídicas.

La adecuación de la sanción a la conducta y condición del infractor juvenil, hace imperiosa la flexibilidad para valorar la gravedad de la infracción y escoger la respuesta en el caso concreto. Es decir, este

principio se traduce en un sistema de responsabilidad adecuado a los sujetos de entre 14 y 18 años, que deben ser tratados con especial diligencia por su condición de sujeto en desarrollo.

4. Principio de preferencia de las sanciones no privativas de libertad.

Este principio se resume en la condición de *ultima ratio* de la disposición de la sanción privativa de libertad. Es decir, se deben privilegiar medidas alternativas a la sanción.

5. Principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones.

Este principio, pareciera ser el centro de los demás pilares, por cuanto, desempeña un rol protector de los derechos fundamentales del adolescente sometido a la justicia penal juvenil. Especial relevancia toma en la ejecución de las sanciones, especialmente la de *ultima ratio*, la privación de libertad.

E) SANCIONES PREVISTAS EN LA LEY N° 20.084:

En el régimen penal adolescente, el juez podrá imponer cualquiera de las medidas establecidas en el artículo 6 y siguientes de la Ley N° 20.184. Es de

toda lógica, aclarar que no lo hará arbitrariamente, sino sujeto a ciertas reglas de determinación.

La ley contempla tres tipos de sanciones:

- Sanciones educativas,
- Sanciones de orientación y supervisión,
- Sanciones privativas de libertad.

Las sanciones educativas implican amonestación, libertad asistida, servicios a la comunidad, reparación de los daños causados a la víctima y prohibición de conducir vehículos motorizados. Su aplicación se dispondrá en aquellos casos en que el bien jurídico afectado no sea de carácter fundamental o, en caso de serlo, sea afectado levemente, habida consideración a las condiciones personales del infractor.

Las sanciones de orientación y supervisión, se componen de obligaciones impuestas al adolescente, en concreto, en la imposición de sanciones accesorias (Artículo 7 Ley 20.184), tales como tratamientos de rehabilitación de adicciones. Lo que se busca, es evitar la imposición de penas más gravosas.

Las sanciones privativas de libertad, como ya decíamos, son aquellas que se aplican en carácter excepcional, como última opción. En sí mismas, existen dos sistemas de privación de libertad, el de internación en régimen semi cerrado con programa de reinserción social, que consiste en que se obliga a los jóvenes a desarrollar actividades dentro de recintos del Servicio Nacional de Menores, y el sistema de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, que establece la residencia obligatoria en un centro, pero se cuenta con programas que se desarrollan también en el exterior del establecimiento. Estas sanciones se cumplen en centros especializados dependientes del Servicio Nacional de Menores (SENAME). Esta institución es

el responsable de materializar las penas que contempla la ley de Responsabilidad Penal Adolescente a través de sus centros, en el caso de las penas privativas de libertad, y la red privada, tratándose de las medidas no privativas de libertad.

En ambos regímenes de internación se incluyen la continuación de estudios, el aprendizaje de oficios, el manejo de tecnologías digitales, el tratamiento de adicciones y el fortalecimiento del vínculo con la familia.

II. EL DERECHO A UN JUZGAMIENTO ESPECIALIZADO DE JOVENES

A propósito de la evolución histórica del juzgamiento penal adolescente, que ya hemos visto, surge un sistema protector o modelo cautelar, adoptando un modelo de carácter educativo. Este modelo, que surge a finales del siglo XIX, permite la creación de las primeras instituciones (tribunales) especializadas para menores, cuya competencia no abarca solo la infractoras del adolescente, sino también, las circunstancias carenciales del menor, por ejemplo, el abandono.

El primer tribunal de menores se constituyó en Illinois, Estados Unidos de América, en el año 1899, luego de sendos esfuerzo para lograr su creación. Este primer tribunal de menores, es el reflejo de nacimiento de una jurisdicción especializada.

En Chile, la dictación de la Ley N° 20.084, buscó, justamente, adecuarse a los nuevos lineamientos de derecho penal especializado, que ya se venían dando en el orden internacional. Esta nueva ley se basa en una responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo, contemplando sanciones diversas a las aplicables a adultos, preferentemente no privativas de libertad y con miras educativas y de reinserción social. Todo lo anterior, con pleno respeto a garantías específicas para el sujeto en desarrollo.

Son estas diferencias, fuertemente reforzadas por el Ejecutivo, en el mensaje de la ley, las que conforman el llamado principio de especialidad, por primera vez implementado en Chile.

La especialidad, recogida por la Ley 20.084, tiene sus cimientos, principalmente, en los principios jurídicos recogidos por la Convención de los

Derechos del Niño y demás de carácter general. Se traduce, entonces, en la aplicación un sistema de sanciones diferenciado a aquel aplicado a adultos.

Las consecuencias normativas de un tratamiento jurídico diferenciado, por tanto especial, a los infractores adolescentes, derivan de diversas afirmaciones hechas por la psicología del desarrollo y la criminología empírica. Jaime Couso Salas y Mauricio Doce Julio²⁰ advierten que no es posible validar la veracidad científica de estas afirmaciones, por esta razón, en su libro JUZGAMIENTO PENAL DE ADOLESCENTES, han aportado antecedentes científicos que las avalan.

Estas afirmaciones desde la psicología del desarrollo, son las siguientes:

- Los adolescentes tienen menor capacidad cognitiva para razonar y entender. Se afirma
- Los adolescentes tienen menos capacidad de juicio y de autocontrol.
- Los adolescentes tienen mayor sensibilidad a la pena y vulnerabilidad frente a los efectos perjudiciales de la cárcel.

Por su parte, las afirmaciones más relevantes dadas desde la criminología empírica que derivan en consecuencias normativas para un tratamiento jurídico especial, son las siguientes:

- Normalidad, carácter episódico y remisión espontánea de la mayor parte de la criminalidad de niños y adolescentes. Ciertas conductas delictivas en las primeras etapa del desarrollo (infancia y adolescencia), es un fenómeno normal, en todo tipo de contextos geográficos y sociales, y que como tal, resulta ser episódica, leve y sin efectos posteriores de tipo negativos. Por tanto, no tiene sustento empírico, afirmar que los actos

²⁰ COUSO SALAS, Jaime; DUCE JULIO, Mauricio. Juzgamiento Penal de Adolescentes. LOM Ediciones, Santiago, 2013.

delictivos menores en la infancia, son el primer paso de una carrera delictiva en la adultez. Así lo ha entendido, también la Asamblea General de las Naciones Unidas.²¹

- Riesgo criminógeno de la relación penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad adolescente (reproducción de la criminalidad). Se afirma que, en virtud del efecto estigmatizador de la reacción formal penal, al sindicar a un menor infractor como delincuente, implicar el riesgo de reproducir efectivamente la criminalidad en la adultez.²²
- Efecto desocializador y criminógeno de la privación de libertad de adolescente. Se afirma que las penas privativas de libertad aumentan la reincidencia, debido a la mayor vulnerabilidad del menor ante las influencias negativas.²³
- Mayor eficacia preventivo- especial de intervenciones especializadas, multidimensionales y breves, fuera del ámbito de la justicia, con compromiso activo del adolescente. Esta afirmación empírica, se relaciona de forma inversa con la afirmación anterior, por cuanto, las intervenciones especializadas parecieran tener eficacia preventiva positiva.

²¹ ONU, Directrices de Riad, I.5, letra e)

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/preventionofjuveniledelinquency.aspx>

²² ONU, Directrices de Riad, I.5, letra f)

²³ ONU, Reglas de Beijing, comentario a la regla N° 19

<https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>

A) EJES BÁSICOS DEL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO PENAL ADOLESCENTE.

Los principios básicos de la especialidad, están dados por normas internacionales que sirven de base y orientación general con miras hacia la especialidad.

Estos principios tienen su eje, en primer lugar, en el reforzamiento del debido proceso, es decir, se potencia el derecho a la defensa, lo que implica una información oportuna y directa de los cargos, ser escuchado en forma directa, a ser asistido adecuadamente por profesional letrado con participación de padres y tutores; y, se propende a acotar la duración del proceso aplicando exigencias más estrictas respecto de su extensión temporal, en orden a cumplir el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y se limita la prisión preventiva fortaleciendo la libertad. Como es sabido, las normas de debido proceso deben implicar el respeto de garantías mínimas que en su conjunto se transforman en una garantía compleja y así se ha consensuado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Es la especialidad general de la estructuración del proceso, lo que lo convierte en más flexible y liviano, protegiendo la vida íntima del infractor adolescente; y, en el uso preponderante del principio de oportunidad y el uso habitual de las salidas alternativas para, así, reducir el contacto del adolescente con el proceso.

Lo anterior, se suma a consideraciones especiales del juzgamiento propiamente tal, entre ellas, responsabilidad penal especial atendiendo a la edad del infractor, con especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, siempre orientado hacia la prevención especial positiva.

Cabe preguntarse qué implica la prevención especial, algunos creen que la prevención especial excluye los fines preventivos generales.

La prevención especializada está orientada hacia la educación del menor infractor, en mejores términos, es aquí donde surge su fundamento.

B) EL JUZGAMIENTO ESPECIALIZADO COMO UN DERECHO HUMANO RECONOCIDO.

Han sido diversos los instrumentos internacionales especializados en materia de infancia y generales, que han recogido y regulado el derecho a un juzgamiento especializado para jóvenes infractores. A su vez, los órganos internacionales que aplican dichos instrumentos, se pronuncian reiteradamente al respecto, reforzando la necesidad de la especialidad en el sistema procesal penal de menores.

Ya vemos como es recogido por la Declaración de los Derechos del Niño al señalar “el niño, por su falta de madurez, física y mental, necesita de protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, lo que luego se traduce en la norma de su Artículo 40.3 que establece la obligación de los Estados partes de adoptar medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue han infringido las leyes penales.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño (órgano dependiente de la ONU), ha declarado que “los niños se diferencian de los adultos tanto en su

desarrollo físico y psicológico tanto como en sus necesidades emocionales y educativas”²⁴

En el mismo orden, se ha recogido por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), por las Directrices de la ONU para la prevención de la delincuencia juvenil.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también ha sostenido igual lineamiento, señalando que “en relación a los niños, el derecho internacional ha establecido claramente que debe existir un sistema excepcional y especializado de justicia juvenil, el cual debe garantizar y respetar a los niños todos los derechos reconocidos a las demás personas, y además debe brindarles la protección especial que merecen en razón de su edad y etapa de desarrollo”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, importantísimo por ser el principal instrumento internacional de reconocimiento de derechos aplicables de carácter universal, en su artículo 14.4, respecto al debido proceso señala “En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”, pacto que ha sido ratificado por Chile e incorporado a la legislación interna.

En un plano regional más cercano, es el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos), en su artículo 5.5 establece “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevado ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

²⁴ Comité de Derechos del Niño. Observación General nº 10 de enero/febrero del año 2007.

El marco internacional que brinda reconocimiento al juzgamiento especializado como un derecho humano del adolescente, ha permitido que los Estado tomen y adopten este derecho llevándolos a su ordenamiento interno por medio de mecanismos diversos, pero con un mismo fin, la prevención, protección y educación del adolescente o menor infractor. No es menos cierto, que si bien se ha propendido al fortalecimiento de la especialización, no deja de ser cuestionado si cada país, incluido Chile, ha sido realmente capaz de cumplir efectivamente los valores recogidos por la especialidad.

III. LA REINSENCION PENAL DE JOVENES INFRACTORES

La justicia juvenil en Chile, ha tenido que enfrentar numerosos desafíos y consiguientes cuestionamientos. En tal sentido, importante ha sido la cuestionada eficacia de la reinserción social del menor infractor.

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente -Ley 20.084-, en Chile es la base penal del sistema de justicia juvenil, como ya hemos visto, y a través de ella los jóvenes serán sancionados y deberán cumplir la condena en recintos privativos de libertad, posteriormente, el adolescente desarrollará actividades relacionadas a la reinserción social. El SENAME, a través de sus organismos ejecutores, tendrán que elaborar y desarrollar un Programa de Intervención Individual²⁵ como respuesta al desarrollo de actividades vinculadas a la reinserción en el medio libre, basadas en educación, capacitación, tratamiento en drogas, trabajo, deporte entre otras actividades. Es esta institución la llamada a entender de manera más compleja la reinserción social, como eje integrador.

Desde el año 2000 las políticas gubernamentales han ido desarrollando una amplia gama de programas y acciones en torno a esta problemática social de la percepción del aumento de la delincuencia. Sin embargo, estas acciones están diseñadas desde el punto de vista del control y la sanción, privilegiando métodos coercitivos, versus programas preventivos en torno al delito, en términos generales.

Sin embargo, las políticas de prevención o bien de reinserción social, no son prioritarias ni significativas. Los jóvenes, en general, se ven afectados en el intento de reinsertarse en la sociedad, esto, por las escasas posibilidades y

²⁵ Artículo 16, Ley 20.084

bajas oportunidades que entregan los programas educacionales que presenta los actuales modelos educativos.

En tal sentido, la reinserción social a través de la integración, mediante el proceso de educación formal o de reescolarización, es uno de los principales objetivos de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, tal como lo consagra, además, Constitución Política de la República en el capítulo III de los deberes y derechos constitucionales, artículo 10, donde refiere, que para el Estado es obligatorio promover la educación, también en la Ley General de Educación en el título preliminar del párrafo II, artículo 4 señala que, “la educación básica y media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población”.

Asimismo, Chile ha firmado diversos tratados y convenciones internacionales, que relevan la importancia de la educación, fundamentalmente “La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN)”, la “Convención de Beijing”. Especial relevancia tienen las “Directrices de Riad” normativa centrada en promover y enfatizar el desarrollo de los jóvenes mediante mecanismos que conlleven a reparar la problemática social y las características especiales educativas de los jóvenes infractores de ley, que por lo general cuando se encuentran en un nuevo contexto educativo, el escenario se transforma en un desafío mayor, donde la reescolarización o reeducación va a intentar procurar y establecer mecanismos diferenciados para la re – inserción escolar.

A su propósito, en abril del año 2017, el Ejecutivo ingresó el proyecto de ley que crea el **Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil**²⁶. Este tiene como propósito generar un servicio público descentralizado, encargado de administrar e implementar las medidas y sanciones contempladas en la Ley

²⁶ Boletín 11174-07

N°20.084. Junto a ello, estipula políticas sectoriales y programas que contribuyan a la intervención, rehabilitación y reinserción social de jóvenes que hayan entrado en conflicto con la ley.

Dicho proyecto de tiene su razón de ser en la detectada necesidad de realizar la separación de funciones del actual Servicio Nacional de Menores, distinguiendo entre un servicio focalizado en la infancia vulnerada y otro a cargo de la reinserción social de jóvenes infractores. Este proyecto, de todas maneras significa una reforma a la Ley N° 20.084, la que significó un paso importante para el país, puesto que estableció un sistema de responsabilidad para aquellos adolescentes infractores de la ley penal consistente con las obligaciones internacionales adquiridas por el país al suscribir la Convención de Derechos del Niño, se ha señalado que no logra garantizar una efectiva reinserción social de los adolescentes tratados y, a su vez, no consigue ser eficaz en el ámbito de la prevención (Fauré et al., 2015). Así se ha manifestado en el propio mensaje del proyecto de Ley.

Por lo anterior, el proyecto de ley asume el compromiso de generar una política nacional de reinserción social juvenil. Actualmente, este proyecto se encuentra, aún, en primer trámite Constitucional.

El eje principal del proyecto, está dado por la implementación del Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. El que se constituiría como servicio descentralizado bajo la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Su diseño orgánico incluye autoridades unipersonales, es decir, un director nacional y directores regionales, dos subdirecciones, una con carácter técnico y otra con carácter administrativo, una comisión de acreditación y consejos consultivos, en los que se plasma la intención de intersectorialidad. Esto se lleva a cabo a través del Consejo Nacional de Reinserción Social Juvenil, la

Comisión Coordinadora Nacional del Servicio y los Comités Operativos Regionales, los cuales desarrollan la Política Nacional de Reinserción Social Juvenil, el Plan de Acción Interinstitucional y el Plan de Acción Intersectorial de Reinserción Social Juvenil, respectivamente. Estos principios y elementos de diseño planteados por el proyecto van en el sentido correcto.

En efecto, la separación de las funciones de SENAME, el diseño desde la especialización, el uso de la Alta Dirección Pública, la descentralización y la intersectorialidad son, sin duda, elementos necesarios para el desarrollo de una política de reinserción consistente. Con todo, la orgánica planteada para el Servicio pudo ser más moderna, a fin de avanzar sobre el esquema tradicional de un director nacional y subdirecciones. En este sentido, es posible pensar en consejos con ciertas facultades y decisiones de carácter vinculante, que generen mayores contrapesos y equilibrio en relación a las amplias atribuciones entregadas al director nacional. De la misma forma, se considera recomendable, al igual que en la Reforma Procesal Penal, estructurar el Servicio distinguiendo entre un director nacional y un director ejecutivo, permitiendo un mejor diálogo con aquellas subdirecciones encargadas de la gestión institucional.²⁷

El proyecto, mantiene el modelo de ejecución mixta y colaboración público-privada, en virtud del cual se externalizan aquellos programas que se ejecutan en el medio libre y se administra directamente, por parte del Servicio, aquellas medidas y sanciones que implican la privación de libertad.

El modelo de intervención se basará en la perspectiva teórica de la criminología evolutiva y del ciclo vital, incorporando prácticas derivadas de la perspectiva de la desistencia delictiva, psicoeducación y justicia restaurativa.

²⁷ Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Observatorio Legislativo, Centro UC Políticas Públicas. Marzo 2018/ N° 36

Nos llama la atención que, si bien el mensaje del proyecto se refiere, en los basamentos del modelo de intervención, no haga referencia a lo que implican cada uno. Habla, entre otros, de prácticas de justicia restaurativa, pero no hacer mayor referencia a la misma, la que en sí, significa un cambio de paradigma de mayor envergadura, fundamental para la impartición de justicia juvenil.

CAPITULO II

EL CAMBIO DE PARADIGMA

I. LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

A) CONCEPTO

El concepto de justicia restaurativa no es unívoco. Por el contrario, evoca diferentes procesos, intervenciones, objetivos, alcances, ámbitos y fundamentos. Sin embargo, cuando se habla de justicia restaurativa en el contexto de la justicia criminal de las últimas décadas, y especialmente en el ámbito de la justicia juvenil, ella se refiere a una manera específica de comprender el conflicto penal y de abordar sus consecuencias.

La definición más ampliamente reproducida de justicia restaurativa corresponde a Marshall (1996), quien la concibe como “un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas en un delito resuelven de manera colectiva la forma cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”. Es la definición más citada por la doctrina, aunque no aborda todos sus aspectos.

Resulta interesante también la concepción de Manozzi, construida dentro del marco de comparación entre el modelo de Justicia Restaurativa y el modelo retributivo actual, quien señala “La Justicia Restaurativa se fija en la

reconciliación antes de punir”²⁸, por oposición al sistema penal. Añade además que la Justicia Restaurativa es un paradigma que emerge como el ave fénix del escenario del derecho penal, y significa su evolución posible y practicable con miras a hacer justicia²⁹

En el Derecho Español, encontramos la concepción restaurativa de Larrauri, quien presenta a la Justicia Restaurativa como un modelo de mayor participación de las partes que promueve sus satisfacciones en el proceso. Un modelo donde el énfasis está puesto especialmente en el trato justo cuya orientación es la reparación.³⁰

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del año 2002, a través de los Principios Básicos sobre el uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia Criminal, se refiere a los programas restaurativos, definiéndolos como “cualquier proceso en el cual la víctima y el ofensor, y cuando es apropiado otras personas o miembros de sus comunidades afectados por el delito, participan juntos activamente en la resolución de los problemas generados por el delito cometido, generalmente con la ayuda de un facilitador. Estos procesos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencia.”, señalando además que un programa de justicia restaurativa es aquel que usa “procesos restaurativos y busca lograr resultados restaurativos”.

Sin perjuicio de lo anterior creemos que es Zehr quien ha sido considerado el primero en acuñar el término “Restorative Justice”, además a él se debe la concepción de cambio de paradigma en torno al modelo de Justicia Retributiva. Su concepción del delito, al contrario de la idea tradicional del sistema penal, se centra en las relaciones interpersonales, que comprenden a

²⁸ MANOZZI, La giustizia senza spada...cit.,p.100 (traducción del profesor Ílison Dias Dos Santos)

²⁹ Ídem, P.95.

³⁰ LARRAURI, “ Tendencias actuales de la Justicia reparadora”, cit., p.462

la víctima y al infractor como la esencia del sistema y de las acciones dirigidas a la restauración de su situación y de la paz de la comunidad. Es decir, mira a través de otra óptica a la víctima, al infractor, a la comunidad y al propio delito.³¹

De este manera, Zehr define la Justicia Restaurativa como “el proceso dirigido a involucrar dentro de lo posible, a todos cuantos tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivadas de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible”.³²

Uno de los elementos que diferencian en mayor medida a la justicia restaurativa del sistema de justicia penal tradicional, es que esta última entiende al conflicto penal primordialmente como un asunto entre el Estado y el imputado, derivado de la infracción de una norma por parte del ofensor, y busca la imposición de una sanción retributiva como la intervención prioritaria frente a la comisión de un delito. La justicia restaurativa, en cambio, sitúa a las partes (víctima y ofensor), y a sus intereses, en el centro del proceso; y al encuentro y a la reparación, como objetivos principales de la intervención. La justicia restaurativa, por tanto, representa un cambio de paradigma tanto en la manera de comprender el conflicto penal como en la forma de abordar sus consecuencias. Como tal, la justicia restaurativa ha tenido mayor desarrollo en el contexto de la justicia penal juvenil, lo que no es casual, y especialmente en el mundo anglosajón, al menos en sus inicios.

Una fuerte de inspiración de programas de justicia restaurativa ha promovido el enfoque en favor de las víctimas. Se ha visto como el sistema de justicia criminal tradicional ha relegado a la víctima a un rol marginal, e incluso,

³¹ ZEHR, Howard, *Changing lenses: A new focus for crime and justice*, Herald Press, Scottsdale PA, 1990, pp.180-181.

³² ZEHR, Howard, *The Little Book of Restorative Justice: Revised and Update*, Skyhorse Publishing, Intercourse PA, 2015, P. 45

peor que aquello, muchas veces la ha hecho objeto de una nueva victimización como consecuencia del mismo procedimiento (Bolívar, 2011. Pág. 9).

La Secretaría General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los niños señala, desde esta perspectiva, que la dimensión de participación de la justicia restaurativa, que permite el diálogo entre la víctima y el joven victimario, le entrega a éste último la oportunidad de comprender verdaderamente el daño causado y ser parte de una respuesta constructiva (SRGSVAV, 2013. Pág. 27).

B) CONTEXTUALIZACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La ciencia jurídico-penal contemporánea en Occidente ha llegado a conformarse a través de una serie de procesos históricos doloroso que la han ido moldeando. Esto ha sido marcado por respuestas-medidas punitivas indiscriminadas y extremas, siendo administradas por quienes detentan el poder en su momento. Las garantías penales que hoy perviven en nuestra sociedad, son verdaderas conquistas sociales, cuya permanencia exige el esfuerzo de toda la comunidad Estado-Nación y de gran parte de la comunidad internacional pues nuestros derechos y libertades no están asegurados de forma finita.

La idea de una justicia que restaure los vínculos rotos por el delito, que sea capaz de que las personas busquen soluciones cooperativas, potenciando las garantías individuales, constituye la esencia misma de la Justicia Restaurativa.

Sin embargo, hay quienes miran con recelo este paso de lo retributivo a lo restaurativo, y siguen contribuyendo incansablemente al mantenimiento del estatu quo.

C) EL ABOLICIONISMO Y SUS APORTES A LA JUSTICIA RESTAURATIVA:

El abolicionismo penal debe ser entendido como un movimiento político-Criminal, bajo el concepto de “Abolicionismo”³³. Es preciso aclarar que existen varias tendencias del mismo, tenemos algunos que proponen la eliminación del sistema penal en su totalidad, los llamados abolicionistas radicales, y otros en la abolición del sistema Carcelario propiamente tal y son considerados abolicionistas institucionales.

Los abolicionistas parten de la concepción fenomenológica del interaccionismo simbólico, donde las relaciones entre individuo y sociedad son pauteadas por una especie de “simbología social”; una imbricación inevitable entre sujeto y objeto.

Tal comprensión del interaccionismo simbólico, es proyectada también en la teoría del etiquetamiento (*labelling approach*) y de las subculturas, proyección que se traduce en una revisión de la manera en que operan las interacciones en las relaciones de poder entre individuos de las clases sociales más bajas y aquellos de los que depende el statu quo.

En palabras de Hormazabal³⁴, los abolicionistas “han tomado de todos los contextos del saber los argumentos que son necesarios para sus fines”.

De este modo, el abolicionismo consigue poner de manifiesto las principales antinomias del derecho penal, y lo hace criticando directamente sus

³³ En cuanto a la calificación de los abolicionistas como radicales y no radicales ver DEMETRIO, Eduardo, “De nuevo sobre el pensamiento abolicionista”, en Cahiers de défense sociale: Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste, Milan, N° 30, 2003, P. 112.

³⁴ Hormazabal, Hernán, “Los problemas de la legitimación del derecho penal y la perspectiva abolicionista”, en Revista Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, vol. XVIII, N° 57-58, año 1995, p. 200.

fundamentos más básicos, es decir, los objetivos que le permiten sustentar su necesidad para el orden social.

Las críticas al sistema penal por parte del abolicionismo conforman un conjunto de gran diversidad cuantitativa y cualitativa, pero las críticas fundamentales para el surgimiento de la justicia restaurativa se basan en que el sistema penal tradicional expropia el conflicto a la víctima, impidiendo así la reparación de los distintos aspectos conflictuales.

Esta expropiación típica del derecho penal, en palabras de Pavarini³⁵, está enmarcada a través de procedimientos formales puestos en actos por órganos neutrales (en el sentido de extraños a la situación), y que generalmente dan respuestas que no son las más adecuadas para los que están envueltos en el conflicto.

Esta característica expropiante, que vulnera doblemente a la víctima, adquiere dimensiones más traumáticas en la realidad latinoamericana, donde la concentración de la riqueza en manos de unos pocos grupos económicos posibilita que estos, en cuanto a potenciales víctimas, construyan para sí mecanismos de protección privados, lo que no ocurre en estratos de la población con menores ingresos que son los más numerosos y vulnerables a los delitos. La consecuencia de esta situación discriminadora es que estos sectores sociales emprenderán su propia búsqueda de mecanismos de resolución de los conflictos fuera del marco institucional penal.³⁶

La otra mirada abolicionista que influye en la creación del movimiento restaurativo es la crítica a la falsa idea de protección a la víctima. De acuerdo a esta postura el derecho penal como institución “crea y mantiene de modo falso

³⁵ PAVARINI, “Abolicionismo y reduccionismo”, en Poder y Control, Nº 1, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, P.149.

³⁶ Zúñiga Rodríguez, Laura, “El abolicionismo en América Latina” en Revista Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, vol. XVIII, Nº 57-58, p.224.

esa idea de poder procurar a las víctimas ayuda y protección”³⁷. A partir del propio abolicionismo se buscan respuestas y mecanismos que puedan ser efectivamente protectores de las víctimas. Es el abolicionismo el que habla por primera vez sobre la renuncia de la solución del conflicto por las instancias formalizadas de control social, buscando soluciones alternativas al propio derecho penal y lejos de su poder formalizado. Esta discusión conduce a la visión del conflicto desde un óptica comunitaria, pues es esta a que buscaría en conjunto soluciones para los problemas comunitarios.

En este sentido, la justicia restaurativa, que supone, la participación de la comunidad para obtener la restauración de vínculos sociales dañados por el delito y la correspondiente restauración³⁸, es una cuestión de concepto de justicia en el espacio público, garantizando soluciones posibles al conflicto para favorecer la calidad de vida y la convivencia social en la comunidad.

La idea de Justicia Restaurativa concibe su verbo orientado al objeto de impartir justicia por medio de la restauración o reparación del daño causado por el delito.

D) EPISTEMOLOGÍA RESTAURATIVA: PRINCIPIOS Y VALORES FUNDAMENTALES QUE ORIENTAN LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

La justicia Restaurativa vuelve su atención de modo primordial a la víctima, al infractor y también a la comunidad. Aquellas personas envueltas en el conflicto son vistas, primero que todo, como seres dotados de subjetividad, de sentimientos, individuos que ven sus relaciones quebrantadas y necesitan respuestas afectivas.

³⁷ DEMETRIO, “De nuevo sobre el pensamiento abolicionista” cit., p.117.

³⁸ Marshall, T., “ Restorative Justice”, Editorial Overview, Nueva York, 1999, pp.17 y ss.

Entre sus principales fundamentos y propósitos, podemos enumerar los siguientes:

- *La restauración perenne a través de la integración víctima-infractor-comunidad.*

El proceso restaurativo promueve y potencia las decisiones conjuntas para alcanzar la restauración de los vínculos quebrantados por el delito, por eso las decisiones tomadas de modo integrativo son las más adecuadas al carácter promotor de la reparación del daño en sus variadas perspectivas.

- *El protagonismo de las partes en el proceso restaurativo se desarrolla de acuerdo a las características del delito.*

Es decir que, a la luz de este nuevo paradigma, el protagonismo de las partes tiene lugar observando primariamente la naturaleza de la infracción. Este impide que el protagonismo excesivo de una de ellas termine por ser la opresión de las otras. Bajo este principio se enmarca la lucha contra la estigmatización o, en términos restaurativos, contra el aumento del dolor que es característico de los procesos no restauradores, aquí el autor ZERH³⁹ pone de manifiesto el cuidado que se debe tener a la hora de promocionar un proceso restaurativo en determinados hechos. Para este no existen prohibiciones, pero algunos delitos deben exigir máxima atención a fin de que el acuerdo restaurativo sea lo más adecuado posible. En este sentido otros autores como Ílison Días⁴⁰ se posiciona en una mirada restringida, en el sentido que no todos

³⁹ ZEHR, The Little Book of Restorative Justice...cit., pp. 17-18

⁴⁰ ÍLISON DIAS DOS SANTOS, En busca de la justicia restaurativa, Un cambio de paradigma en el Derecho penal de garantías. Edit IB de F. Edición 2018, pp. 46-47

los delitos caben dentro del proceso restaurativo, en consecuencia esta elección debe surtirse no sólo teniendo en cuenta la gravedad de los delitos, como en la gran parte de los casos se hace, sino también las características criminológicas de los mismos. Es decir, analizando sus peculiaridades en el campo social, en el campo jurídico-penal y especialmente el impacto en la víctima del delito. Ílison es partidario de que algunos delitos sólo pueden obtener una adecuada respuesta bajo el ejercicio del ius puniendi en su presentación clásica, pero este uso debe ser residual.

- *El Derecho penal es necesario para la realización de la Justicia Restaurativa.*

El Estado, quien detenta el ius puniendi, cumple una función insustituible en la concreción de los objetivos de la Justicia Restaurativa, puesto que proporciona el marco de acción de las prácticas restaurativas que, por su diversidad y eventual indeterminación, podrían tender a exceder los límites de los cursos de la acción humanista que le son característicos⁴¹. Por este motivo, se han de respetar las garantías penales en el proceso restaurativo, esto es muy importante como condición de posibilidad de la restauración. En este sentido, es al derecho penal a quien le corresponde la identificación clara de los sujetos intervinientes: la víctima y el infractor.

Es importante recalcar aquí que la justicia restaurativa no es ajena a los principios del ius puniendi en un estado democrático, estos son:

- a) El principio de humanidad de las penas.

⁴¹ Marshall, Restorative justice: An overview, cit., p.8

Este principio nació de la mano de la reivindicación de una humanización del rigor de las penas previstas en el derecho del antiguo régimen. Fue un punto central del programa de la Ilustración que concretó especialmente Beccaria en el siglo XVIII. Se pasó así, primero, de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otro cuya inspiración han sido las penas privativas de libertad. En este tiempo se aprecia una importante y progresiva sustitución de las penas privativas de libertad por otras penas menos lesivas como la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad, y hasta por otras medidas consistentes simplemente en la suspensión del cumplimiento de la pena o de su propia imposición, incluso la renuncia a toda pena, como es del caso de algunas tendencias abolicionistas.

Toda esta evolución perdería sentido en una concepción política en que el Estado se concibiese como fin en sí mismo y no al servicio de los individuos. Así se explica que las tendencias humanitarias cediesen durante el paréntesis en que, en el siglo XX, imperaron los Estados totalitarios, cuyos Derechos penales acrecentaron inexorablemente su rigor. Es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren.

b) El principio de subsidiaridad

Conforme al principio de subsidiaridad o de intervención mínima, el Derecho Penal ha de ser de ultima ratio o debe ser utilizado como último recurso al que hay que acudir a falta de otros medios menos lesivos. Solo se puede intervenir penalmente cuando es absolutamente necesario para la protección de bienes jurídicos, imprescindibles para la convivencia social, frente a los ataques de que son objeto.

El fundamento de este principio radica en la drasticidad del Derecho penal y la necesidad de no violentar la convivencia social con un uso excesivo de la herramienta punitiva, debiendo preferirse otros mecanismos, hay que considerar que el Derecho penal no es la solución al problema del crimen y de la criminalidad. Es en este sentido donde el derecho penal debe reducir su intervención solo a lo estrictamente necesario para caminar hacia su fin de protección social a través de la prevención de hechos lesivos. El profesor Mauricio Rettig nos dirá en su libro de derecho penal parte general que *“la pena es el último recurso, por eso es extrema ratio y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”*⁴²

c) Principio de resocialización.

De acuerdo a este principio las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, deben estar orientadas a la reeducación del infractor y su reinserción social⁴³.

La aplicación de una pena constituye un mal o castigo que se impone al delincuente con motivo del ilícito, no obstante, en un Estado democrático de Derecho, la pena no sólo puede ser castigo o prevenir un eventual delito, sino que debe propender a la resocialización del delincuente, de modo que permita la participación activa de este mismo en la vida social, evitando su marginación y la discriminación.⁴⁴

Para lograr este fin resocializador, creemos que es necesario la educación penitenciaria, el trato digno y no estigmatizador ni desocializador de los condenados, propendiendo a la interacción social con el exterior, mediante el aprendizaje de un oficio que lo prepare para la vida laboral. Es en este punto

⁴² RETTIG M. Derecho Penal Parte General Tomo I, 1ª Edición. 2018. Ediciones Der. Santiago.

⁴³ ROMEO CASABONA Y otros, Derecho Penal..., p.50

⁴⁴ Mir Puig, Derecho Penal..., P. 138

donde más adquiere relevancia la justicia restaurativa, pues la idea es evitar que la persona condenada pierda el contacto con la comunidad, y en especial con sus más cercanos.

Se hace preciso aclarar, entonces, que al condenado no se le debe observar como objeto, sino que debe ser tratado como sujeto cuya individualidad debe ser respetada evitando su segregación⁴⁵.

- *La transgresión conlleva la obligación de reparar el daño causado.*

En el proceso restaurativo la idea de responsabilidad es un elemento transversal a todo el conflicto penal. No obstante, la reparación principal es dirigida hacia la víctima que en el proceso restaurativo tiene voz y voto. Esta preponderancia de la víctima está limitada por los fundamentos del derecho penal *lato sensu*, en su concepción democrática, ya tratados en el punto anterior. Así la obligación de reparar no debe tener motivaciones de causar el dolor, la humillación o la vergüenza de la víctima frente al infractor, pues, si así fuera, no sería derechamente Justicia Restaurativa, sino un modelo clásico de castigo.

- *La participación en el proceso restaurativo debe ser voluntaria de parte de la víctima como del infractor.*

Aquí se plantea las disponibilidades personales inter-subjetivas, del individuo, o de las partes en el conflicto bien sea la víctima, el infractor o la comunidad, que, al participar de manera voluntaria, se da el primer avance en la dirección de un tratamiento del delito de modo integrador y preventivo.

- *La comunidad asume un rol preponderante en proceso restaurativo*

⁴⁵ Náquira, "Principios y Penas", P.26, Mir Puig, Derecho Penal...,p.138

La comunidad lesionada es la llamada a ser participe activa de la solución del daño causado. Es la presencia de la comunidad en este proceso restaurador lo que hace que la reparación por el infractor sea entendida positivamente por la sociedad en que se inserta, se transforma en una especie de perdón social.

- *La comunidad también tiene responsabilidad por el delito*

Esta responsabilidad tiene que ver con el modo de sociedad construida, distribución social de los recursos, verificando las causas del ilícito, en suma de factores socio-económicos. La sociedad debe integrar al infractor a la vida social, creando las oportunidades para su desarrollo social, cultural y espiritual.

II. SISTEMAS RESTAURATIVOS Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

“La mayoría de las reformas de orientación restaurativa en el contexto de la justicia penal juvenil han estado inspiradas en el fracaso de la justicia tradicional para enfrentar la problemática de los jóvenes que cometen delitos, en la ineficacia y los efectos adversos de la privación de libertad para los niños y adolescentes, y en la necesidad de compatibilizar las necesidades específicas de los adolescentes— por ser sujetos en desarrollo, por tanto, con responsabilidad disminuida— con los intereses del Estado, en orden a perseguir y sancionar la comisión de delitos y resguardar los derechos de quienes son víctimas de los mismos.”⁴⁶

En general, en el plano internacional, la mayoría de los países han implementado aspecto de justicia restaurativa en sus sistemas de responsabilidad penal adolescente.

Nueva Zelanda e Irlanda del Norte, aplican un sistema o modelo llamado de *conferencias restaurativas*, ubicando a la justicia restaurativa en el núcleo central de su sistema de responsabilidad adolescente y su juzgamiento. Al ser evaluados, han tenido resultados alentadores tanto en términos de la disminución del uso de la privación de libertad, como en la satisfacción de los intereses de las víctimas, en el desistimiento criminal de los jóvenes y en sus perspectivas de reinserción. Igual modelo se ha aplicado en Irlanda del Norte

⁴⁶ Unicef. Los Derechos de los niños, una orientación u un límite. REFORMA A LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE: ¿POR QUÉ NO DAR UN GIRO HACIA LA JUSTICIA RESTAURATIVA? Mayo 2018. Pág 09 <file:///C:/Users/CLAURIN/Desktop/justicia-restaurativa.pdf>

Estados Unidos, Bélgica, y Finlandia, y varios países de Europa, se aplica el modelo de *mediación penal juvenil o mediación víctima-ofensor*, que es el más utilizado en el contexto internacional.

A) SISTEMA DE CONFERENCIAS RESTAURATIVAS (conferencias de grupos comunitarios y familiares):

Este modelo en su forma moderna fue adoptado en la legislación nacional y aplicado al proceso de justicia juvenil en Nueva Zelanda en 1989, convirtiéndolo en la metodología de justicia restaurativa sistemáticamente institucionalizada más avanzada en entonces.

Cada proceso de conferencia tiene un facilitador o mediador. El enfoque del proceso de conferencias es más amplio que los programas de mediación normales. Implica reunir a la familia y amigos de la víctima y del menor infractor, y a veces también a miembros de la comunidad, para que participen en un proceso facilitado profesionalmente para identificar resultados deseables por las partes, abordar las consecuencias del delito y explorar maneras adecuadas de prevenir el comportamiento delictivo.

El proceso mediante el cual se lleva adelante las conferencias de grupos comunitarios y familiares es muy flexible, lo que constituye una característica esencial del modelo. Un coordinador de justicia juvenil, que es un funcionario estatal, debe encargarse de toda la organización de la conferencia, asegurando que los objetivos y principios de la ley se cumplan. Para que la conferencias de grupos comunitarios y familiares se lleve adelante deben estar presentes el joven, un familiar, el coordinador, la víctima o un representante, un funcionario de la policía, un abogado del joven si ha sido derivado por la Corte y un trabajador social cuando el joven está en una institución, sin perjuicio que la

flexibilidad de la conferencias de grupos comunitarios y familiares permite que puedan integrarse otras personas significativas para ambas partes que quieran asistir.

Las evaluaciones de este sistema indican desde sus comienzos que, en términos generales, las conferencias son vistas de manera positiva por todos los involucrados. Según la evaluación realizada por Maxwell y Morris (2006) en 1990-1991, cerca de la mitad de los jóvenes se sintieron involucrados en el proceso de llegar a una decisión. Otra mitad sintió que su voluntad había sido subsumida por su familia, pero incluso este porcentaje de involucramiento es mucho mayor al de los jóvenes ante la Corte, donde generalmente permanecen pasivos, dejando actuar a sus abogados. En relación a los acuerdos, los jóvenes mostraron altos niveles de satisfacción (84-85%).⁴⁷

En Irlanda del Norte, una evaluación temprana del sistema, realizada en 2003 por Beckett y otros autores (2004), mostró que las víctimas habían intervenido en un 62% de las conferencias realizadas. De ellas, el 95% había decidido participar porque quería explicar al ofensor de qué manera el delito la había afectado, y el 90% quería escuchar lo que el ofensor tenía que decir. Además, el 80% señaló que participaba porque quería ayudar al joven infractor.

El estudio de Strang y otros autores (2013), que realizó una revisión sistemática del uso de conferencias restaurativas y su efecto en la reincidencia, concluye que las conferencias restaurativas redujeron las posibilidades de reincidencia del joven ofensor. Por su parte, las víctimas se mostraron consistentemente más satisfechas que aquellas que fueron aleatoriamente asignadas al proceso de justicia criminal tradicional.

⁴⁷ Unicef. Los Derechos de los niños, una orientación u un límite. REFORMA A LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE: ¿POR QUÉ NO DAR UN GIRO HACIA LA JUSTICIA RESTAURATIVA? Mayo 2018. Pág 12 <file:///C:/Users/CLAURIN/Desktop/justicia-restaurativa.pdf>

a. Aproximaciones de la ONU a la Justicia Restaurativa

La resolución 1999/26 Del Consejo Económico y Social (ECOSOC), esta resolución es llamada “Elaboración y aplicación de medidas de mediación y Justicia Restaurativa en materia de Justicia Penal”

Esta es la primera resolución de las Naciones Unidas que habla abiertamente de Justicia Restaurativa. Su contextualización radica en la defensa de un modelo que sea capaz de dar respuestas más adecuada a ciertos tipos de delitos, que del modo clásico no resulta satisfactorio. Esta iniciativa resolutoria se ocupa tanto de la Justicia Restaurativa como de la mediación- que son complementarias, pero no deben confundirse.

La justicia restaurativa se presenta como una alternativa viable a sanciones como la prisión para delitos de poca gravedad o Bagatela, ya que en estos delitos la repercusión de la cárcel es más dañosa al infractor y contribuye poco a la reparación de la víctima y la resocialización del ofensor.

Señala “considere la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en materia de mediación y justicia restaurativa destinadas a garantizar la resolución justa para los delitos leves”⁴⁸

Esta resolución ejerce una gran influencia a nivel mundial, sin perjuicio que ella no es vinculante. Se puede entender como un instrumento de soft law, pues no son directrices para los estados miembros, en lo práctico es un instrumento de presión político internacional a los Estados.

⁴⁸ CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL (ECOSOC), Resolución 1999/26, adoptada durante la 43ª Sesión Plenaria, de 28 de julio de 1999. Disponible en Consejo Económico y Social: Documentos Oficiales, 1999, suplemento nº 1 (E/1999/99-SUPP-), P.60-61.

**b. La declaración de Viena sobre la delincuencia y la Justicia:
Frente a los retos del siglo XXI.**

Esta declaración tiene su fuente en las discusiones del X congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, Celebrado en Viena (Austria) en el año 2000. Aquí se insiste en la necesidad de una normativa internacional por parte de la ONU para dar el marco a los principios restaurativos para la comunidad internacional.

Se indica la importancia de dar otro enfoque a la Justicia penal que no sea la tradicional. Se aboga por el desarrollo de enfoques restitutivos de la justicia que se orienten a reducir la delincuencia y a promover la recuperación de víctimas, delincuentes y comunidades.

Esta declaración es una motivación para que los Estados miembros adopten planes de acción concretos en torno a prácticas restaurativas.

c. La resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social (ECOSOC).

Esta resolución tiene como fundamento las discusiones de las recomendaciones de la resolución 1999/26, las discusiones del X congreso sobre Prevención del delito y Tratamiento del delincuente y la declaración de Viena.⁴⁹

De aquí nace la iniciativa de un instrumento que pueda contener los principios que guían los programas de Justicia Restaurativa. En este documento

⁴⁹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (ECOSOC), Resolución 2000/14, adoptada durante la 43ª Sesión Plenaria, el 27 de julio del 2000. Disponible en Consejo Económico y Social: Documentos Oficiales, 2000, Suplemento N° 1 (E/2000/99 (SUPP)), p.43.

se incluye un anexo de anteproyecto de Declaración, que después dará origen a la resolución 2002/14

d. Resolución 2002/12 ECOSOC (Sobre los principios básicos para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal)

Esta normativa internacional es una de las más importantes en materia de justicia Restaurativa actualmente vigentes. En palabras de Tamarit⁵⁰, es un significativo paso para su consolidación, no sólo por provenir de las Naciones Unidas, sino también por representar un esfuerzo serio, meticuloso y reflexivo en la materia.

Esta norma viene a expresar de modo claro los valores, principios y conceptos que viene a conformar la Justicia Restaurativa.

En su preámbulo, se indica que la Justicia Restaurativa debe ser comprendida como una respuesta distinta de la práctica tradicional.

Indica literalmente “la justicia restitutiva es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes, y las comunidades”⁵¹

Y prosigue indicando “este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa; permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad; y permite a las

⁵⁰ TAMARIT SUMALLA, La justicia restaurativa...cit., p.24.

⁵¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (ECOSOC), Resolución 2002/12, adoptada durante la 37ª Sesión Plenaria, el 24 de julio del 2002. Disponible en Consejo Económico y Social: Documentos Oficiales, 2002, Suplemento N° 1 (E/2002/99 (SUPP)), p.58.

comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia”⁵²

En cuanto a las definiciones, la resolución promueve conceptos claves, dando a entender de maneras precisa el significado de programa restaurativo, así mismo viene a definir qué se entiende por proceso restaurativo, como “ todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restitutivos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas”⁵³

De la definición anterior podemos hacer un paralelo y encontrar similitud con el ya tradicional concepto de Marshall al que ya se ha hecho referencia.

e. Utilización, funcionamiento y desarrollo de los programas de justicia restaurativa en la resolución 2002/12

En este punto la resolución indica que los programas de Justicia Restaurativa pueden ser utilizados en cualquier etapa del sistema tradicional de justicia penal, con excepción de los casos previstos expresamente por el derecho interno de cada Estado.

Sin perjuicio de lo anterior una de las preocupantes a la hora de la utilización de los programas tiene que ver con la razonabilidad y proporcionalidad de los acuerdos. Así se puede determinar que los acuerdos restaurativos , para obedecer a los postulados de razonabilidad, deben guardar

⁵² *Ibidem*

⁵³ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (ECOSOC), Resolución 2002/12, cit ., p.59

relación con del delito, y que para ser proporcional, debe haber una relación equitativa entre la carga impuesta al delinciente y la gravedad de la transgresión.

En cuanto al funcionamiento de los programas, se sugiere a los Estados miembros las siguientes directrices, para la puesta en marcha de los programas:

- i. Condiciones para la remisión de casos a los programas de justicia restitutiva;
- ii. La gestión de los casos después de un proceso restitutivo;
- iii. Las calificaciones, la capacitación y la evaluación de los facilitadores;
- iv. La administración de los programas de justicia restitutiva;
- v. Las normas de competencia y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de los programas de justicia restitutiva.

La resolución además previene en materia procedimental que se “deben aplicar salvaguardias en materia de procedimiento que garanticen la equidad para con el delinciente y la víctima”⁵⁴

Hacemos referencia a la recomendación que hace parte al estado en proceso, como supervigilante del mismo. Lo que se refiere a que los acuerdos originados de los programas de Justicia Restaurativa “deben ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales”⁵⁵

Se da vital importancia los facilitadores en cuanto a que estos deben realizar su tarea del modo más adecuado posible y de acuerdo a los principios

⁵⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (ECOSOC), Resolución 2002/12, cit ., p.60

⁵⁵ Ibidem

de la misma resolución, además se desataca la importancia de la formación constante y continua de estos facilitadores.

f. Convención sobre los derechos del Niño (1989) y demás instrumentos internacionales referidos a la justicia juvenil.

Como punto de partida hay que tener claro que la Convención del Niño no se refiere de forma expresa a la justicia restaurativa, si contiene lineamientos, esquemas que solo se entrelazan con el modelo restaurativo.

El artículo 12 de la Convención del Niño viene a consagrar el derecho de niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y el derecho del niño a ser oído. Como bien ya se ha dicho la justicia restauradora ofrece a las partes del conflicto la posibilidad de expresar personalmente sus impresiones, emociones, y opiniones sobre cómo ocurrieron los hechos materia de investigación y la forma en que podrán ser asumidos y reparados.

g. Declaración de Costa Rica sobre la Justicia Restaurativa en América Latina.

Esta declaración viene a ser el principal documento en América Latina respecto al tema, este fija los ejes para la promoción de la justicia restaurativa en América Latina.

Este documento es prácticamente desconocido en nuestra Región y de sobremanera en nuestra legislación Chilena.

Esta propuesta surge en el seno del Seminario “Construyendo la Justicia Restaurativa en América Latina”, cuya promoción estuvo a cargo del Instituto

Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el tratamiento del Delincuente y por la comunidad Internacional Carcelaria en Santo Domingo de Heredia, tuvo lugar en Costa Rica a mediados del año 2005.

Esta declaración reconoce como su fundamento la resolución 2002/12 del ECSOC (ONU).

Este documento tiene en cuenta nuestra realidad regional como la composición históricamente desigual, cuyos efectos trata de disminuir con esta propuesta.

Se parte de la base de que “América Latina sufre uno de los mayores índices de exclusión, violencia y encarcelamiento; que a pesar de que existen herramientas de justicia restaurativa, las sanciones retributivas, en especial el encarcelamiento, siguen siendo las más utilizadas; que los programas de Justicia Restaurativa garantizan el pleno ejercicio de los derechos humanos y respeto a la dignidad de todos los involucrados”⁵⁶

Principios y valores de la declaración de Costa Rica

Artículo 2º: Los postulados restaurativos son basados en principios y valores que

1. Garantizan el pleno ejercicio de los derechos humanos y respetan a la dignidad de todos los involucrados;
2. Se aplican a todos los sistemas comunitarios, judiciales y penitenciarios;
3. Propician plena y previa información sobre las prácticas restaurativas a todos que participan en los procedimientos;

⁵⁶ Declaración de Costa Rica sobre la Justicia Restaurativa en América Latina, Santo Domingo de Heredia, 21 de septiembre de 2005, consids. 1º, 3º y 5º.

4. Ofrecen plena autonomía a los individuos para tomar parte en las prácticas restaurativas en todas sus fases;
5. Favorecen mutuo respeto entre los participantes de los procedimientos;
6. Estimulan co-responsabilidad activa de todos los participantes;
7. Consideran las necesidades de la persona que sufrió el daño y las posibilidades de la persona que lo causó;
8. Estimulan la participación de la comunidad pautada por los principios de la Justicia Restaurativa;
9. Consideran las diferencias socioeconómicas y culturales entre los participantes;
10. Consideran las peculiaridades socioculturales, locales y el pluralismo cultural;
11. Promueven relaciones ecuanímes y no jerárquicas;
12. Expresan participación bajo el Estado Democrático de Derecho;
13. Facilitan procesos por medio de personas debidamente capacitadas en procedimientos restaurativos;
14. Usan el principio de la legalidad en cuanto al derecho material;
15. Respetan al derecho a la confidencialidad de todas las informaciones referentes al proceso restaurativo;
16. Buscan integración con la red de asistencia social de cada país;
17. Buscan integración con el sistema de justicia.

Artículo 3: Las estrategias para implementar prácticas restaurativas son:

1. Concientización y educación sobre Justicia Restaurativa por medio de
 - apertura del diálogo sobre Justicia Restaurativa en las Universidades;
 - implementación de programas de JR en todos los niveles educativos;

- introducción de metodologías de JR en la resolución de conflictos;
 - promoción de un cambio de cultura a través de los medios de comunicación para demostrar los beneficios de la JR.
2. Promoción de la JR en las comunidades para
- usar procedimientos restaurativos como herramientas en la resolución de conflictos;
 - aplicar programas de JR.
3. Aplicación de la JR en el sistema penal para
- derivar casos judiciales a programas de JR;
 - usar la prisión como último recurso y buscando soluciones alternativas a la misma;
 - aplicar JR en el sistema penitenciario.
4. Aplicar la Justicia Restaurativa a la legislación de cada Estado y a políticas públicas, y desarrollar legislación según postulados restaurativos para
- eliminar o reducir barreras sistemáticas legales para el uso de la JR;
 - incentivar el uso de JR;
 - crear mecanismos que proveen dirección y estructura a programas de JR;
 - asegurar la protección de derechos de victimarios y víctimas que participen en programas restaurativos, y
 - establecer principios guías y mecanismos de monitoreo para adherirse a dichos principios.

Uno de los aportes más importantes de este documento es la idea de la formulación de estrategias que deben ser adoptadas para la implantación de las practicas restaurativas, lo que la hace distinto de otras resoluciones normativas

que se centran en enunciados de principios, en definitiva, va más allá de la cuestión teórica, sino que plantea un margen más bien práctico. Se proponen estrategias en cuanto a la concienciación y a la educación, la apertura del diálogo sobre la justicia restaurativa en la Universidad, la promoción de la justicia en las comunidades, el fomento de la aplicación de la misma en el sistema tradicional.

h. La recomendación Nº R(99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Esta recomendación se enmarca en la mediación en materia penal. En su contenido propugna unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros de esta organización.⁵⁷ Este documento, junto con la resolución de principios básicos de las Naciones Unidas, es considerado uno de los más importantes y relevantes para la discusión en materia restaurativa.⁵⁸

Contextualiza la mediación penal y a la justicia restaurativa en general, como dos ideas complementarias al sistema penal tradicional.

El documento reconoce como legítimo el interés que presentan las víctimas de expresar las consecuencias causadas por la victimización, además de presentar en ese encuentro entre víctima e infractor como algo que puede generar en este último el sentimiento de responsabilidad, generando por se la oportunidad de un cambio de actitud.

La recomendación en su artículo 4.10 prescribe, entre otras cosas, que “ las partes deben estar plenamente informadas de sus derechos, la naturaleza del proceso de mediación y las posibles consecuencias de su decisión”

⁵⁷ CONSEJO DE EUROPA (Estrasburgo, Francia), Mediation in Penal Matters: Recommendation nº R (99) 19, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2000.

⁵⁸ GORDILLO SANTANA, La Justicia Restaurativa y la mediación Penal, cit., p.255

En su artículo 5.24 también se incorpora la necesidad de que aquellos que ejercerán la actividad de mediadores tengan la debida formación, subrayando que tal formación no solo se basara en las debidas competencias , sino que además debe comprender el conocimiento- al menos instrumental- del sistema de justicia penal.

i. Directiva 2012/29/ UE del parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre del 2012.

Esta establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos.

Dentro de sus objetivos fija la necesidad de que los Estados reconozcan el estatus y condición de las víctimas, que este mismo sea garantizado por las instituciones en cuanto a los servicios de apoyo, se reconoce el derecho al apoyo emocional cuando sea necesario.⁵⁹

Es importante indicar que estas no son las únicas iniciativas de la comunidad Europea, que tiene como fin la construcción de la Justicia Restaurativa.

j. La Justicia Restaurativa y la experiencia española en la ley de Responsabilidad Penal de los Menores.

⁵⁹ UNION EUROPEA, Directiva 2012/29/UE del parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2012. Diario oficial de la Union Europea L, 2012, vol.315, pp.57-73, arts. 1,8 y 9.

En España los métodos restaurativos encuentran su especial refugio en la ley del menor, porque esta presenta cierto margen de discrecionalidad que permite al juez y al fiscal, dentro del ordenamiento jurídico aplicable, establecer prácticas restaurativas como la mediación- reparación.

Se permite el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. En su artículo 19.1 se expresa que el fiscal desistirá de seguir con la prosecución del expediente en el caso de que el menor “haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito”, previniendo así la judicialización en el ámbito retributivo, a cambio de un tratamiento jurídico-penal restaurativo.

Es del caso señalar que este sobreseimiento solo está permitido con posterioridad a un análisis del fiscal sobre las circunstancias de los hechos del menor, y especialmente a la verificación de que si el menor ha actuado con violencia o intimidación en la comisión del delito/ infracción.

Adicionalmente, de acuerdo a la redacción de la ley, sólo se permite el sobreseimiento “en delitos menos graves o faltas”⁶⁰

Otros instrumentos internacionales específicos:

- Reglas mínimas para la administración de la justicia juvenil (Reglas de Beijing, 1985)
- Las reglas de las naciones Unidas para jóvenes privados de Libertad (Reglas de la Habana, 1990)

⁶⁰ En este momento las faltas ya no existen en el derecho penal español, a cuenta de la reforma del Código penal de 1995 (LO 1/ 2015) que ha derogado el libro III “ faltas y sus penas”, reagrupándolas en la categoría de delitos leves, y llevando otras al campo del derecho administrativo sancionador, por su puesto, sin garantías jurídico-penales.

- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad, 1990)

Estos instrumentos vienen a recomendar programas restaurativos cuando se trata de jóvenes en conflicto con la justicia penal.

B. SISTEMA DE MEDIACIÓN PENAL JUVENIL O MEDIACIÓN VÍCTIMA-OFENSOR.

Si víctima y ofensor acceden, se desarrolla el encuentro entre ambas partes. En él, generalmente el ofensor debe aceptar que cometió el delito y se espera que muestre algún grado de arrepentimiento; la víctima, por su parte, en un ambiente seguro y estructurado, también tiene espacio para expresar sus puntos de vista y escuchar de parte del ofensor explicaciones sobre lo ocurrido (Bazemore y Umbreit, 2003).

Si se llega a un acuerdo, se acaba el caso en esta instancia o se reenvía a los tribunales para algún tipo de aprobación o formalidad, según sea la jurisdicción.

En relación a los programas de mediación víctima-ofensor, Umbreit (2001, pág. 162), afirma que, independientemente del tipo de programa, de ofensor y de víctima o la cultura en la que se desarrollan, la mayoría de las víctimas y ofensores se muestran satisfechos con la mediación.

Por su parte y en tal sentido, el Comité de Evaluación de la Ley OCDE de la Cámara de Diputados de Chile sobre la Ley N°20.084 ha señalado que, en Chile, la falta de especialización de los actores del sistema, sumado a “una escasa coordinación entre los dispositivos judiciales, de salud y de intervención

y a una política pública de infancia y adolescencia incipiente, dificulta las posibilidades de desarrollar un abordaje sistémico e idóneo que garantice la reinserción social de los adolescentes infractores (Comité Evaluación OCDE, 2015, pág. 22)”.

III. DESAFIOS CLAVES DE LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE EN CHILE PARA UN CAMBIO DE PARADIGMA CON MIRAS HACIA LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084, Chile tenía una gran falencia, la que su vez, se convertiría en un gran primer desafío. Nuestro sistema punitivo no contaba con una respuesta adecuada y especial para los infractores de ley menores de edad. Por lo tanto, la meta estaba puesta en establecer una política pública abordara este grupo delictual desde una perspectiva integral, es decir, que respete sus garantías y derechos, propendiendo a la reinserción social, con miras, siempre, a la responsabilización. Esto era sin duda, parte de las tareas que Chile debía cumplir para lograr el desafío mayor, adentrado a la década del 2010, ser una nación desarrollada y socialmente integrada.

Esta falencia no había sido detectada sólo por los entes y autoridades internas, sino que clara evaluación y resultado relevador estuvo a manos del Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, en el año 2002, cuyo informe de evaluación reconoce que, si bien Chile había ya incorporado una política gubernamental intersectorial respecto a los derechos del niño, era evidente la ausencia de políticas legislativas respecto a una estrategia general en relación con la infancia y la infracción de ley.

La dictación de la Ley N° 20.084, sin duda superó algunas de las falencias existentes, la dispersión de normas de orden interno referentes a los menores y sus derechos o protección, la confusión entre menor vulnerable en sus derechos y menor infractor, confundiendo, por tanto, la protección y la responsabilización.

Así las cosas, actualmente prima en nuestra legislación los fundamentos de estándares internacionales, entre los cuales se encuentra la intervención penal especial y la privación de libertad como última medida, pero ¿están resueltas todas las falencias previamente detectadas? ¿Es nuestro actual sistema, objeto de posibles y/o necesarias mejoras? ¿Estamos cerca de la aplicación y puesta en marcha de la denominada Justicia Restaurativa?

Teniendo presente que un modelo de justicia juvenil restaurativo no reemplaza al sistema de justicia penal tradicional de persecución criminal, debidamente especializado en el caso de los adolescentes, sino que lo complementa, es posible escudriñar en la aplicación de la Ley 20.084 en Chile y los desafíos hacia el futuro.

Dichos desafíos, en virtud de lo que hemos ahondado a través de la presente investigación, se centran en lo que significaría el reforzamiento de los ejes fundamentales de la especialidad.

Los profesores Máximo Langer y Ricardo Lillo, en un estudio que buscó analizar y aportar datos empíricos de la aplicación de la Ley N° 20.084, tras siete años desde su entrada en vigencia⁶¹, concluyen que a la fecha, ha disminuido considerablemente el porcentaje de menores que se encuentran en internamiento provisorio, es decir, presos sin condena. Por otra parte, y en contrapartida, el porcentaje de adolescentes privados de libertad ha aumentado. En resumidas cuentas, concluyen que el principio de mínima intervención que estudiáramos previamente, se ha aplicado menos estrictamente luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084.-

⁶¹ LANGER, Máximo; LILLO, Ricardo, "Reforma a la justicia penal juvenil y adolescentes privados de libertad en Chile: Aportes empíricos para el debate". Pilít. Crim. Vol. 9, N° 18 (diciembre 2014), Art. 13, pp713-738. Consultada en http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A13.pdf

La profesora y Directora de Escuela de la Universidad Diego Portales, Alejandra Mera, en su publicación para la UNICEF “Reforma a la justicia penal adolescente: ¿por qué no dar un giro hacia la justicia restaurativa?” hace expresa referencia a los elementos centrales a una reforma de la actual Ley N° 20.084.

Entre los elementos centrales que destaca y las demás conclusiones que evidencian los antecedentes empíricos aportados, es posible establecer que, para lograr un real cambio de paradigma en la justicia penal chilena con miras hacia la restauración, con principal atención a los menores infractores, como grupo etario especial en materia de infracción penal, es necesario lograr instalar un sistema de responsabilidad penal juvenil independiente y de gran autonomía respecto del tradicional sistema para adultos, lo que es inexistente hoy en Chile, ya que ambos sistemas confluyen en uno solo que termina confundiendo sus fines de reinserción, entre dos grupos humanos con características abismantemente distintas. Aún más, el sistema penal para adultos, se sustenta sobre la base de una justicia retributiva.

La falta de autonomía en ambos sistemas, atenta contra la apropiada aplicación que los actores judiciales puedan dar en la persecución penal, en las decisiones y estrategias tomadas durante el procedimiento.

Como ya hemos visto, el derecho penal del menor infractor de ley, tiene sus propias y especiales características, las que dicen relación con la función-deber del Estado en este plano, y las diferencias psicosociales propia de la adolescencia que requieren un trato diferenciado. Por tanto es un desafío para nuestro sistema punitivo, establecer un sistema especializado orgánicamente, eje central de la justicia restaurativa, diseño que no ha sido considerado por la Ley N° 20.084.

Se trata, entonces, de un gran desafío, ya que la especialización orgánica implica la creación de espacios institucionales definidos, cuya constitución, implica que el propio sistema, en su conjunto, lo permita. Una orgánica penal especializada en derecho penal adolescente, permitiría una mejor toma de decisiones judiciales.

No solo se requieren actores judiciales especializados, sino también un procedimiento debidamente especializado, lo que ha sido reconocido internacionalmente como un derecho.

Un procedimiento especializado, implicaría reforzar el debido proceso, implementar una estructura procesal que propenda a cumplir los objetivos de la justicia juvenil y la posibilidad de una más amplia posibilidad de respuestas y de desestimación de casos, disminuyendo la privación de libertad. La estructura del proceso tiende hacia la flexibilidad, evitando la estigmatización y violencia del sistema tradicional.

Así es como toma relevancia la desjudicialización de los conflictos penales, que implica diversificación de respuestas, lo que conlleva necesariamente a cumplir los objetivos de la justicia restaurativa: la privación de libertad como última medida, tramitación de procesos de responsabilización significativa, alejándose de los procesos y penas meramente retributivas. Como vemos, la desjudicialización, en sí misma, es otro gran desafío para el actual sistema imperante en Chile puesto que por sí sola no logra una solución completa al cambio de paradigma que se propone si la institucionalidad no contempla un espacio para su desarrollo y adecuada aplicación.

En cuanto a las medidas y sanciones propiamente tales, un modelo restaurativo sugiere limitar el uso de la privación de libertad, sustituyendo, en cuanto sea posible, las sanciones que demanden encierro por aquellas que puedan cumplirse en libertad. En este sentido, el sistema de sanciones

contemplado en la Ley N° 20.084 contiene aspectos distintivos para los adolescentes, principalmente la incorporación de sanciones especiales y sus finalidades, pero el sistema de determinación de sanciones que contempla, descansa fuertemente en el Código Penal y otras leyes especiales que contemplan el régimen sancionatorio para los adultos, aunque atenuado.

El sistema de responsabilidad penal de adolescentes actualmente vigente en Chile, desde el punto de vista de su sistema sancionatorio, no estableció un sistema decididamente independiente o especializado ni con una clara orientación de objetivos, lo que sí existía en los primeros borradores de la Ley 20.084. Desde la perspectiva restaurativa es importante destacar que muchos de los problemas que ha presentado el sistema sancionatorio en la actualidad se deben, nuevamente, a este abandono de la especialidad en la formulación definitiva de la Ley N° 20.084

Como hemos dicho, la justicia restaurativa propone medios que faciliten el encuentro entre ofensor y víctima y eventualmente otras personas significativas para ellos, con el objeto de arribar a una solución de consenso y de contenido reparador. Por tanto, se hace necesaria la incorporación de la posibilidad de derivación a programas restaurativos en todas las etapas del procedimiento penal que busca la responsabilización adolescente, tanto en el espacio pre judicial como durante el procedimiento, o bien como parte del contenido de una sanción específica.

Chapman (2015, p. 16) señala que la legislación que incorpore procesos de justicia restaurativa puede ser permisiva u obligatoria. En el primer caso, la ley deja la decisión de derivar a un proceso restaurativo al fiscal o al juez, mientras que la segunda le deja la opción sobre participar o no en un proceso restaurativo al ofensor y a la víctima. Afirma el autor que, si bien es cierto que la obligación de derivar casos a procesos restaurativos enfrenta generalmente una

resistencia considerable de parte de los actores que intervienen en el sistema de justicia criminal, la evidencia indica que si un país busca ubicar la justicia restaurativa en el centro de su sistema de justicia juvenil, con una legislación que obligue a proponer una derivación a un procedimiento restaurativo, es la mejor manera de asegurar que ellas se efectúen –tal como lo demuestran los casos de Nueva Zelanda, Irlanda del Norte y Bélgica.

En cuanto a la determinación de la voluntad de participar, en la evaluación del programa piloto de implementación de conferencias restaurativas en Belfast, se detectó que un 25% de los jóvenes habían aceptado participar porque sentían que debían hacerlo y no porque realmente quisieran (Beckett et al., 2004, p. 11). Es por esta razón que debería asegurarse un adecuado asesoramiento legal del adolescente antes de entregar su consentimiento de acceder a un proceso restaurativo.

En orden a implementar un sistema de justicia juvenil de tipo restaurativo, es necesario que se incorpore también una institucionalidad que sea capaz de llevar adelante estos procesos, de acuerdo a un modelo de intervención que pueda ser ejecutado con estándares preestablecidos y evaluables.

Es relevante destacar que los países que han implementado un modelo de justicia juvenil propiamente restaurativo –Nueva Zelanda e Irlanda del Norte– han creado instituciones y funcionarios estatales encargados de llevar adelante los programas restaurativos, como lo son las conferencias restaurativas.

Tomando en cuenta la institucionalidad del país, la escasa experiencia de mediación penal ofrecida desde la sociedad civil y la futura creación de un Servicio de Reinserción Social, parece recomendable la creación de una nueva institucionalidad que, además, tenga representación regional o local, para lograr superar las barreras de la centralización administrativa, la que, como ya sabemos, termina por desincentivar el impulso de las nuevas políticas pública

del tipo que sea, si éstas residen finalmente en una institucionalidad centralizada.

Los desafíos no son menores, por cuanto nuestro actual sistema punitivo no ha sido creado con un fin restaurativo. Al respecto, la reforma penal que implicó la entrada en vigencia de la referida Ley N° 20.084, si bien significó un cambio relevante, siguió bajo el mismo paradigma retributivo de la pena, siempre bajo la lógica de la persecución penal para adultos, atenuada.

En síntesis, para lograr un buen funcionamiento de las prácticas restaurativas se necesita una fuerte Asociación local, así como también la participación activa de los actores legales y la comunidad; financiamiento sostenible, capacitación, especialización y organización coordinada con otros servicios y un plan de evaluación futura.

CONCLUSIONES

De acuerdo al estudio realizado, podemos concluir que ya hacia mediados del siglo XVII se comienza a estructurar una nueva concepción del joven como sujeto de derecho propiamente tal, debido al surgimiento de las ideas ilustradas, donde se comienza a reconocer la infancia como concepto autónomo diferente del adulto, pues anteriormente, al menor y joven se le consideraba inimputable.

Con esta distinción, comienzan a cambiar modelos o enfoques de justicia y se inicia la investigación sobre qué se entiende por “joven con discernimiento”, lo que conlleva y desata varias discusiones doctrinarias en distintas épocas, nutriendo diversos estudios y publicaciones que se desarrollan hasta el día de hoy.

Nuestro país no es ajeno a este cambio. En Chile comienzan a fraguarse diversos mecanismos para enfrentar la realidad en torno a la juventud, donde, en una primera etapa, el joven era observado como inimputable y sujeto a medidas de protección, se le concibe, en la práctica, como objeto de derecho más que un sujeto de derecho. Lo anterior se encarna en la ley de protección de menores de 1928, donde, si se infringía la ley penal, los menores eran considerados incapaces y peligrosos, debían ser reeducados y, si era necesario y posible, debían ser internados en los reformatorios.

Hacia el año 1959, en la Asamblea General de las Naciones Unidas se aprueba la Declaración Universal de Derechos del Niño, donde destaca el derecho a gozar de una protección especial y el Interés superior del niño como guía fundamental, de los principios rectores. Es desde esta norma, desde donde se comienzan a fraguar diversos instrumentos internacionales en las

que, en vez de referirse solo al arraigado enfoque retributivo penal juvenil, se comienza hablar más bien de un enfoque restaurativo.

En nuestro sistema punitivo, a pesar de algunos mínimos acercamientos al concepto, ha quedado claro el desconocimiento de los procedimientos generales y mecanismos de justicia restaurativa por parte de las instituciones judiciales, como educativas, así como de los profesionales que son actores judiciales, la comunidad, la familia y los propios adolescentes infractores.

Como hemos podido abordar, queda de manifiesto lo difícil que puede llegar a ser instaurar, no solo en la sociedad, sino en el sistema mismo, los mecanismos de Justicia Restarativa, por cuanto no se trata solo de implementar alguno de sus elementos o ejes al sistema penal de adultos, sino que implican un verdadero cambio de paradigma, donde el cambio es absoluto, tanto social, procesal y estructuralmente.

Creemos que Chile alcanzaría verdaderamente los estándares internacionales mediante una profunda modificación de la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Adolescente, primero, primero reactualizando la legislación con los mecanismos comparados imperantes, llevándola a un paradigma nuevo, como es la justicia restaurativa, la que requiere fundamentalmente la especialización de los órganos y del procedimiento penal.

El anteproyecto de la Ley N° 20.084, ya recogía la justicia restaurativa como base legal, sin embargo el proyecto final no aportó a su real implementación.

En consecuencia, planteamos la conveniencia de volver sobre la discusión que algún día ya se generó en el anteproyecto de Ley, con voluntad política de nuestros legisladores, pues es evidente que más allá de toda duda razonable, la ley de responsabilidad juvenil está enfocada en un contexto de juzgamiento

para adultos y no especialmente está pensada en los jóvenes y sus características propias.

Es posible alcanzar la implementación penal propuesta, con ello Chile cumpliría su objetivo, además, de estar a la vanguardia en torno a la normativa internacional, razón que impulsó la dictación de la propia Ley N° 20.084.

Lo que se plantea no solo tiene que ver con conceptos de justicia, sino también, y más profundamente, con el derecho mismo, como corolario de los nuevos derechos reconocidos comparadamente, los que debemos ser capaces de arraigar como sociedad, ya que éstos no son ajenos a la realidad cultural y social en que vivimos.

Ha quedado demostrado que en diversas realidades como Irlanda, Canadá y Finlandia se logró establecer un nuevo paradigma restaurador en sus normas penales juveniles. Se requiere, entonces, en nuestro país, una reivindicación del Estado, de la comunidad toda para con sus jóvenes, considerando, entre otras cosas, las recientes vulneraciones a los derechos de nuestros niños y adolescentes en los centros del SENAME de nuestro país, confundidas sus estadías en dichos recintos, entre transitorias y permanentes, entre medidas de protección y privación de libertad como condena.

BIBLIOGRAFÍA

DIAZ DE RADA, Ángel: “Las edades del delito”, en RAS, núm.12, Madrid, 2003.

ARIES, Philippe: El niño y la vida familiar en el antiguo régimen, Taurus, Madrid, 1988.

RODRIGUEZ PASCUAL, Iván: “Sociología de la infancia” Aproximaciones a un campo de estudio difuso”, en RIS, Tercera Epoca, N° 26, Mayo-agosto, 2000.

DIAZ CORTES, Lina. Introducción al Derecho Penal Juvenil. 2010. Edit. Librotecnia. Santiago. 1º Edición.

PEREZ VITORIA, Octavio: La Minoría Penal, Bosch, Barcelona, 1940.

IGLESIAS, Juan: Derecho romano, Ariel, Barcelona, 2001.

D’ORS. Derecho Privado Roman, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2004.

FUENTESECA, Pablo. Derecho Privado Romano.

PESSINA, Enrique. Elementos de Derecho.

MACHADO RUIZ, Maria Dolores: Minoría de edad.

AGUDELO BETANCUR, Nodier: Grandes corrientes del Derecho penal, Escuela Clásica, Editorial Linotipia Bolívar, Bogotá, 1996.

COUSO SALAS, Jaime. “La política criminal para adolescentes y la ley 20.084, en: VV.AA., Estudios de derecho penal juvenil I, Santiago: Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009

COUSO SALAS, Jaime; **DUCE JULIO**, Mauricio. Juzgamiento Penal de Adolescentes. LOM Ediciones, Santiago, 2013.

REVISTA DE DERECHO:

Aguirrezabal G., Lagos C y Vargas. "Responsabilidad Juvenil: hacia una Justicia Individualizada". Revista de Derecho. Vol. XXII N°2. Diciembre 2009

OTRAS PUBLICACIONES:

ONU, Directrices de Riad.

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/preventionofjuveniledelinquency.aspx>

ONU, Reglas de Beijing

<https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>

Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Observatorio Legislativo, Centro UC Políticas Públicas. Marzo 2018/ N° 36

Unicef. Los Derechos de los niños, una orientación u un límite. REFORMA A LA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE: ¿POR QUÉ NO DAR UN GIRO HACIA LA JUSTICIA RESTAURATIVA? Mayo 2018

<file:///C:/Users/CLAURIN/Desktop/justicia-restaurativa.pdf>

